

## DETERMINA 15 Fascicolo n. GU14/90469/2019

### DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxxxxx - TIM SpA (Kena mobile)

### IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

**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 “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

**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 Indennizzi;

**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. 106 del 25 febbraio 2021 avente per oggetto “*Assetto organizzativo del Consiglio regionale XI Legislatura*” con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “*Settore Cerimoniale, Eventi, Contributi. Biblioteca e documentazione. Assistenza generale al CORECOM. Tipografia*”, con decorrenza 1° marzo 2021;

**VISTA** l’istanza della società xxxxx, del 28/02/2019 acquisita con protocollo n. 0087386 del 28/02/2019;

**VISTI** gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

**CONSIDERATO** che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

#### 1. La posizione dell’istante.

La parte istante, titolare di contratti *business* sulle utenze n. 392 909xxxx, n. 329 351xxxx, n. 392 912xxxx, n. 337 1051xxxx, n. 339 501xxxx nonché alla linea n. 058 775xxxx con la società TIM S.p.A. (Kena mobile) di seguito per brevità Tim lamenta l’applicazione in fattura di condizioni contrattuali diverse da quelle prospettate.

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

- *“In data 28-05-2018 abbiamo sottoscritto il contratto per 4 linee telefoniche mobili tramite il consulente TIM di riferimento dell'agenzia (...) on line. Tale contratto proposto dal consulente (...), prevede, come da e-mail inoltrataci dallo stesso, un costo di €15.00 + iva a linea telefonica mobile. Il consulente verbalmente ci aveva assicurato che non ci sarebbero stati addebitati costi di attivazione e/o servizi extra a pagamento”.*

- *“Successivamente in data 11-07-2018 abbiamo attivato tramite contratto scritto, sempre con il consulente (...) per ADSL linea fissa più internet. Questo contratto prevedeva un costo, da prospetto inviatoci per e-mail, € 25.00 + iva senza costi di attivazione e/o servizi extra a pagamento. Entrambi i contratti proposti dal consulente (...) ci venivano presentati in slide con nessun costo di attivazione e spese aggiuntive come lui ci ha detto, specificando che era un'offerta di TIM”.*

- *“In seguito a questo ci sono state sempre problematiche:*

*-RID bancario non agganciato per il pacchetto ADSL+Linea fissa, con anticipi richiesti da TIM e pagati.*

*-Prima fatturazione cellulari arrivata non corretta in quanto ci sono stati addebitati costi di attivazione e pacchetti da noi non richiesti (questo anche per la linea fissa)”.*

- *“Nell'arco di questi 3 mesi abbiamo esposto le problematiche sia al centro TIM chiamando il 191, che direttamente al consulente (...), nostro punto di riferimento, senza avere nessun esito positivo. L'ultima fattura arrivata da TIM (N°7x03937218 del 14-09-2018 con scadenza 22-10-2018) presenta nuovamente un costo maggiorato a quello previsto da contratti firmati. Abbiamo di nuovo chiamato TIM al 191 aprendo il reclamo N.7-46214189621, l'operatore telefonicamente ci ha dato conferma che la fattura sopra citata non è corretta e nell'arco di alcuni giorni ci avrebbe ricontattato il servizio clienti TIM per comunicarci il corretto importo da pagare. Ad oggi nessuno si è fatto sentire, ma abbiamo ricevuto una email dove ci comunicano che la fattura in questione è corretta e il nostro reclamo non può essere accolto in quanto risultano coerenti con quanto sottoscritto. A questo punto abbiamo ricontattato il consulente (...), richiedendo nuovamente una soluzione definitiva al nostro problema visto che telefonicamente ci conferma tali anomalie di fatturazione non corrette. Gli chiediamo anche l'invio tramite email del contratto, specificando gli effettivi costi che ci erano stati elusi in fase di presentazione e vendita. Ad oggi non abbiamo ricevuto nessun documento sopra citato”.*

In base a tali premesse l'istante ha presentato le seguenti richieste:

i) *“il ripristino dell'offerta sottoscritta in data 28/05/2018”;*

ii) *“il rimborso delle cifre versate e non dovute. Ed i disagi subiti e subendi”.*

## **2. La posizione dell'operatore.**

La società Tim 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, ha eccepito

- *“l'infondatezza nel merito dell'istanza presentata da xxxx per le seguenti ragioni. 1) Nel merito: infondatezza delle pretese avanzate nei confronti di TIM. È onere della scrivente difesa rilevare come la descrizione dei fatti fornita da parte istante sia estremamente generica nella misura in cui xxxxx, pur avendo opportunamente fornito la prova documentale di ciò di cui si discute, non circostanza adeguatamente gli addebiti mossi nei confronti di TIM, limitandosi a dedurre in maniera generica l'esistenza di una difformità di fatturazione rispetto a quanto concordato al momento della sottoscrizione del contratto, in pieno pregiudizio 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"). xxxxx asserisce di aver sofferto un disagio senza tuttavia fornire alcun elemento da cui desumere l'effettività del pregiudizio subito, il nesso causale tra questo e l'evento, né tantomeno la relativa riconducibilità alla sfera giuridico-soggettiva di TIM che, ai fini della presente causa, non può non dichiararsi totalmente estranea alla vicenda. Gli addebiti formulati da controparte sono piuttosto generici, laddove si contesta in maniera non circostanziata la pretesa non rispondenza degli importi recati dai conti telefonici emessi da TIM rispetto alle condizioni economico-contrattuali vigenti fra le parti, addebito rispetto a cui, tuttavia, risulta impossibile controdedurre in assenza di espresse contestazioni. Non si capisce dunque in cosa/in che modo l'esponente società sia stata asseritamente inadempiente e/o inesattamente adempiente tanto con riferimento alla componente fissa quanto con riferimento alla componente mobile del contratto. Di conseguenza, ogni tipo di contestazione mossa nei confronti di TIM in merito all'inesatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti è totalmente generica ed indeterminata e, pertanto, meritevole di rigetto".

- L'operatore ha, quindi, precisato che, "prima dell'avvio della presente procedura, TIM non era mai venuta a conoscenza di quanto reclamato in questa sede dalla società istante, da cui non è mai pervenuta alcuna segnalazione scritta, né tantomeno le produzioni documentali di parte avversa dimostrano il contrario".

- Tim ha inoltre rilevato che "circa la presenza di importi ritenuti non dovuti perché non conformi a quanto inizialmente pattuito fra le parti tramite presentazione, da parte dell'agente di vendita, di una slide/flyer riepilogativi: non solo tale documento non prova l'avvenuto incontro delle volontà negoziali (TIM, rappresentata dall'agente di vendita, da un lato, e l'utente finale), perché privo di sottoscrizione, ma non attesta neppure inequivocabilmente che quella specifica proposta abbia ad oggetto le linee de quibus. Senza voler scendere 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. Il canone addebitato da TIM per la linea n. 058.775xxxx corrisponde a quanto specificato dal venditore e, quindi, pari ad € 25/mese + iva, oltre ai costi del router/modem, non inclusi nel costo mensile del canone "TIM Tutto Senza Limiti ADSL", come da profilo commerciale allegato (Doc. 1). Per quanto riguarda i costi di attivazione l'operatore ha già provveduto ad emettere un accredito con partita varia, visibile sul conto telefonico n. 1/19, per € 100, mentre i costi di anticipo conversazione sono soggetti a restituzione una volta attivata la domiciliazione, che non è stata attivata successivamente alla stipula a causa della documentazione incompleta. Non si rinviene quindi la fondatezza degli addebiti mossi in questa sede nei confronti dell'esponente società, con conseguente integrale rigetto delle relative richieste di indennizzo/rimborso. Anche per la difformità di fatturazione asseritamente riscontrata sulle linee mobili sopra indicate, occorre effettuare le seguenti precisazioni. Gli importi fatturati nei confronti di xxxx con riferimento al contratto guscio n. 888011708173 risultano coerenti con il contratto sottoscritto in data 28 maggio 2018: il profilo commerciale "Tim Europa 15gb" + "Tim Euromessaging", con Kaspersky abbinato e relativa scontistica ha infatti un costo mensile di € 15,50 per linea. Ebbene, dalla disamina di una qualunque fattura emessa è possibile verificare che il canone è corretto e, ad esso, si aggiungono i 4 contributi "Insieme Gigafree" per la mancata erosione dei social e navigazione business al costo mensile di € 5,00 (disattivabile su richiesta). Ne viene che, anche per il contratto mobile le

*contestazioni formulate da xxxxx, oltrechè generiche ed indeterminate per quanto sopra illustrato, risultano infondate in fatto e in diritto, con conseguente integrale rigetto delle relative richieste di indennizzo/rimborso”.*

Infine, Tim ha dedotto che *“riguardo il profilo restitutorio, inoltre, si evidenzia che controparte non ha fornito alcuna prova del saldo degli addebiti oggetto di contestazione, con conseguente impossibilità di provvedere – se del caso – al relativo rimborso”* ed ha concluso chiedendo il rigetto dell’istanza *“perché, nel merito, infondata in fatto e in diritto”.*

### **3. Motivazione della decisione.**

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

In via preliminare con riferimento alla richiesta *sub i)* avente ad oggetto *“il ripristino dell’offerta sottoscritta in data 28/05/2018”* si precisa che detta domanda esula dalle competenze dell’Autorità adita e, pertanto, non sarà esaminata in questa sede.

Sempre in via preliminare, deve dichiararsi la inammissibilità delle pretese risarcitorie contenute nella domanda *sub ii)* in quanto le stesse esulano dalla competenza dell’Autorità e dalla cognizione del Corecom, essendo di competenza dell’autorità giudiziaria. Esclusa, pertanto, ogni richiesta risarcitoria, la domanda *de qua* dovrà essere, in questa sede, correttamente interpretata, in base al criterio di efficienza e ragionevolezza dell’azione amministrativa, quale richiesta di condanna del gestore al pagamento di un indennizzo in relazione agli inadempimenti che venissero accertati.

- Ancora, con riferimento all’eccezione di Tim con cui contesta all’istante di aver formulato *“in maniera generica l’esistenza di una difformità di fatturazione rispetto a quanto concordato al momento della sottoscrizione del contratto”* e per ciò di non comprendere *“in cosa/in che modo [Tim] sia stata asseritamente inadempiente e/o inesattamente adempiente tanto con riferimento alla componente fissa quanto con riferimento alla componente mobile del contratto”*, occorre rilevare che è orientamento consolidato di Agcom, nonché di questa Autorità che anche le istanze inesatte o imprecise, in un’ottica di *favor utentis*, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare.

In quest’ottica, la richiesta *sub ii)* dovrà essere interpretata in relazione alla asserita difformità della fatturazione emessa rispetto all’offerta contrattuale.

Nel merito.

Parte istante ha lamentato la fatturazione di costi non congrui rispetto a quanto previsto dall’offerta concordata con l’agente Tim, mentre l’operatore ne ha eccepito la legittimità.

In via generale, con riferimento alla contestazione di parte istante, giova ribadire richiamare l’orientamento consolidato secondo cui, in base ai principi sull’onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni di cui alla 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, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 20 gennaio 2010 n. 936), *“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 c.c.,*

*ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi”.*

Nel caso di specie, l'istante ha lamentato di avere ricevuto una prima proposta contrattuale *“per 4 linee telefoniche mobili tramite il consulente TIM di riferimento”* che prevedeva *“un costo di € 15.00 + iva a linea telefonica mobile”* e che *“il consulente verbalmente (...) aveva assicurato che non ci sarebbero stati addebitati costi di attivazione e/o servizi extra a pagamento”* e, successivamente, di avere aderito ad una ulteriore proposta contrattuale formulata sempre dallo stesso agente di Tim per il servizio di *“ADSL linea fissa più internet”* al costo di *“€25.00 + iva senza costi di attivazione e/o servizi extra a pagamento”*.

Di contro l'operatore Tim ha rappresentato la legittimità della fatturazione rispetto ai contratti firmati dalla società istante, precisando che la proposta formulata dall'agente, così come allegata al procedimento, *“non prova l'avvenuto incontro delle volontà negoziali (TIM, rappresentata dall'agente di vendita, da un lato, e l'utente finale), perché priv[a] di sottoscrizione, ma non attesta neppure inequivocabilmente che quella specifica proposta abbia ad oggetto le linee de quibus”*.

Venendo al merito della vicenda, preliminarmente occorre precisare che l'eccezione dell'operatore Tim, relativa alla mancata indicazione delle utenze cui riferire la proposta commerciale, in assenza di replica dell'istante volta a confutare detta circostanza, deve ritenersi accoglibile. Ciò anche in considerazione che i contratti prodotti agli atti risultano debitamente sottoscritti dall'istante medesimo, e per ciò sono sufficienti a comprovare la volontà della parte istante di attivazione dei servizi richiesti, in quanto, ai sensi dell'art. 2702 del codice civile, tali documenti costituiscono *“piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta se colui contro il quale è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta”*.

Con riferimento alla utenza fissa n. 058 775xxxx, dalla documentazione agli atti, emerge che il contratto relativo a detta linea prevedeva l'applicazione del profilo tariffario *“Tim tutto ADSL +Router”* con un costo mensile pari ad euro 25,00, senza costi di attivazione e con abbinata vendita rateale di router (*“l'offerta include l'acquisto obbligatorio del router in vendita rateizzata come da profilo commerciale”*).

La fattura n. 8L00542378 del 6 agosto 2018, depositata agli atti e relativa all'utenza fissa oggetto del presente procedimento, riporta sotto la voce *“tutto senza limiti adsl”* l'addebito della somma di euro 5,65 per n. 7 giorni di competenza del citato documento contabile, importo che, rapportato alla mensilità, corrisponde alla cifra mensile pari ad euro 25,00. La citata fattura, inoltre, contabilizza il costo rateizzato di euro 12,20 collegato alla vendita rateale del router.

Tali addebiti risultano conformi al piano tariffario sottoscritto dall'istante.

Diversamente, per quanto attiene al costo di attivazione, risulta addebitato nella medesima fattura n. 8L00542378, l'importo di euro 100,00 che il citato profilo tariffario non prevedeva e, pertanto, tale somma deve essere restituita all'istante, laddove questa sia stata corrisposta all'operatore.

Sul punto Tim ha precisato di avere *“già provveduto ad emettere un accredito con partita varia, visibile sul conto telefonico n. 1/19, per € 100”*, ma agli atti non ne è data evidenza.

Ciò posto con riferimento alla fattura n. 8L00542378, la società Tim è tenuta a stornare (o rimborsare in caso di avvenuto pagamento), l'importo relativo ai costi di attivazione pari ad euro 100,00 se non già corrisposti.

Infine, con riferimento alle utenze mobili, dalla documentazione agli atti è emerso che gli importi fatturati risultano coerenti con il contratto sottoscritto in data 28 maggio 2018, ovvero per le utenze n. 339 5018xxxx n. 329 3519xxxx, n. 392 909xxxx e n. 392 912xxxx è stato applicato il profilo commerciale Promo mnp10 insieme Tim Europa 15gb con promo Euromessaging e Kaspersky e in fattura risulta applicata anche la relativa scoutistica e, per l'ulteriore utenza mobile è stato applicato

in fattura il profilo tariffario indicato nel contratto ovvero Tim Europa 1gb e Kaspersky. Alcune censure quindi, in merito alle utenze mobili, può essere mosse nei confronti dell'operatore.

## **DETERMINA**

TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 28/02/2019, è tenuta a stornare (o rimborsare in caso di avvenuto pagamento oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza con le modalità di pagamento indicate in istanza) entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, l'importo pari ad euro 100,00 (ove non già corrisposto o stornato) riportato nella fattura n. 8L00542378 del 06/08/2018 relativo all'utenza n. 0587 7XXXX per le motivazioni di cui in premessa.

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, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente

Cinzia Guerrini