

DETERMINA Fascicolo n. GU14/77344/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Lxxx F. - TIM xxx (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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/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;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

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 del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente Lxxx F., del 01/02/2019 acquisita con protocollo n. 0044081 del 01/02/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Pertanto, le istanze formulate in questa sede dal Sig. Lxxx non possono trovare accoglimento alcuno perché

infondate in fatto e in diritto, sicchè ciò che, alla luce di quanto sopra dedotto ed eccepito, deve essere valutato

da codesto Corecom è che l'avversa pretesa non costituisce requisito sufficiente a provare la fondatezza della

domanda, meritevole di essere respinta perchè ingiustificata sia in ragione della procedura sia in considerazione

della mancanza di supporto probatorio. L'operatore Telecom Italia xxx, nella propria memoria difensiva, ha chiesto che venga accertata e dichiarata l'inaffidabilità e l'infondatezza nel merito dell'istanza presentata da parte ricorrente, per le seguenti ragioni. "L'odierna contestazione riguarda la pretesa illegittima variazione della periodicità della fatturazione riscontrata sulla linea n. 06.24xxxx29, su cui l'esponente società ritiene opportuno svolgere le seguenti considerazioni di merito. A ben vedere, la descrizione dei fatti fornita dall'istante è sguarnita di prova, attesa la pressochè totale assenza di documenti idonei a supportare le richieste avverse, con conseguente lesione del diritto di difesa dell'esponente società, che è impossibilitata a replicare adeguatamente alle pretese del Sig. Leoni. 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"). Le asserzioni dell'istante quindi, perlopiù non documentate, determinano una genericità ed indeterminazione delle conseguenti richieste tale da indurre TIM ad insistere per il loro integrale rigetto. Il Sig. Leoni insiste affinché gli vengano rimborsati tutti gli importi, anche futuri, ritenuti non dovuti, risultando tale pretesa indeterminata e quindi meritevole di rigetto - perché non è né quantificabile né documentabile l'ammontare di addebiti recati da fatture emittende. Asserisce altresì 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. Circa la pretesa illegittima variazione unilaterale delle condizioni contrattuali, oggetto di disamina in questa sede, si evidenzia quanto segue. Il Sig. Leoni asserisce di aver diritto ad un ripristino delle condizioni previgenti, ipotesi che non è prevista dalla norma applicabile nel caso di specie, cioè l'art. 70 comma 4 C.C.E. (D. lgs. 259/2003), ai sensi del quale: "Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono 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." Risulta pacifico che il contratto in essere fra le parti è stato oggetto di una apposita modifica decorrente dall'1 aprile 2017, adottata ai sensi dell'articolo 70, comma ##, del D. Lgs. ####9/##00## e sottoposta alla preventiva approvazione dell'Autorità di settore, e che TIM aveva informato tutta la clientela, incluso il Sig. Lxxx, di tale manovra, come dimostra l'apposita sezione denominata "Comunicazioni TIM per te", contenuta nel conto telefonico n. RW00xxxx99, emesso in data 6 febbraio 2017 (Allegato 1). In tal modo, veniva concessa l'opportunità alla clientela di esercitare per tempo il proprio diritto di recesso e, quindi, le domande articolate in questa sede da controparte non possono che ritenersi infondate in fatto e in diritto. TIM si è limitata ad applicare e dare esecuzione alle clausole contrattuali regolanti il rapporto di fornitura - sia con riferimento alla rimodulazione tariffaria qui contestata che con riferimento alle modalità di informazione alla clientela utilizzate - e gli addebiti successivamente indicati in fattura non possono ritenersi illegittimi perché espressamente previsti dal contratto all'epoca in essere fra le parti, così come modificato successivamente alla manovra tariffaria approvata dall'AGCOM. L'esponente società ha dato ampia visibilità a tale manovra tariffaria, ricorrendo ad una campagna informativa sia all'interno del proprio sito web (con la pubblicazione di un'apposita notizia nella sezione dedicata alle informazioni per i

consumatori, disponibile all'indirizzo <https://www.tim.it/assistenza/per-i-consumatori/info-consumatorifisso/news/modifica-delle-condizioni-del-contratto>) sia sui principali quotidiani a diffusione nazionale e fornendo altresì idonea comunicazione all'utente in fattura con un preavviso di almeno 30 giorni rispetto all'entrata in vigore delle modifiche in parola, con espressa previsione dell'esercizio del diritto di recesso dal contratto, senza penali né costi aggiuntivi, qualora il singolo cliente finale non avesse ritenuto opportuno accettare le nuove condizioni contrattuali. A tal riguardo, sembra opportuno citare la seguente delibera del Corecom Lazio, conforme alla giurisprudenza costante dell'Ag.com (Agcom, delibera 132/11/CIR; conf. Agcom delibere 58/11/CIR, 114/11/CIR, 40/12/CIR), secondo cui "è noto che ai sensi dell'articolo 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni elettroniche (CCE), gli operatori hanno la facoltà di modificare le proprie

offerte sul mercato, purché rispettino, di volta in volta (vale a dire in occasione di ogni rimodulazione, a prescindere

dai giustificati motivi generali indicati a monte nella contrattualistica, in ottemperanza a quanto previsto dal Codice del consumo), gli adempimenti stabiliti nella predetta norma speciale 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, una volta che l'operatore abbia adempiuto al disposto dell'articolo 70, comma 4, CCE, 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 senza penali, per permettergli una agevole migrazione verso offerte di altri operatori ritenute più convenienti" (Allegato 2). Pertanto il Sig. Lxxx, non avendo esercitato il diritto di recesso dal contratto limitatamente all'utenza n. 06.24xxxx29, ha soggiaciuto automaticamente alle nuove condizioni contrattuali adottate da TIM a partire dall'1 aprile 2017, e non ha quindi alcun titolo per reclamare l'asserito illegittimo successivo addebito degli importi contenenti l'adeguamento peraltro non indicati/provati - né, tantomeno, per richiedere in questa sede la liquidazione di un indennizzo per traffico non riconosciuto, attesa la pacifica fruizione del servizio oggetto di contratto, mai contestato nella sua regolarità. Non si comprende perché controparte, pur non avendo esercitato il diritto di recesso ed avendo quindi assentito alle modifiche preannunciate dall'operatore, abbia successivamente contestato le condizioni contrattuali vigenti dall'1 aprile 2017, ritenendole illegittime ed abusive. La scelta di non esercitare il diritto di recesso inoltre, secondo la scrivente difesa, non può in alcun modo ridondare in un'attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti indennizzabile ai sensi dell'art. 9 delibera 347/18/CONS, atteso che TIM non ha posto in essere alcuna

fornitura indesiderata. In proposito, la delibera AGCom 121/17/CONS obbliga gli operatori di telefonia alla tariffazione su base mensile unicamente pro futuro, non trovando dunque applicazione nel caso di specie. Inoltre, è notorio che detta delibera è stata impugnata davanti al TAR Lazio che, pur rigettando il ricorso per Annullamento aspetto su cui TIM, unitamente agli altri operatori, ha proposto appello - si è cionondimeno astenuto dal pronunciarsi sul rimborso degli importi corrisposti dagli utenti finali a titolo di "tredicesima mensilità" ("sussistono le condizioni per sospendere la delibera impugnata nelle parti che ha ad oggetto il pagamento degli importi corrispondenti al corrispettivo per il numero di giorni che, a partire dal 23 giugno 2017, non sono stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile; Ritenuto a tal riguardo che il carattere - allo stato - indeterminato della somma da corrispondere agli utenti, per effetto dello storno (nella prima fattura emessa con cadenza mensile) dei predetti importi, appare in grado di incidere sugli equilibri finanziario-contabili della azienda", cfr. ordinanza del n. 1029/2018, TAR Lazio, III, 7 febbraio 2018, enfasi aggiunta). Nel merito, successivamente all'udienza pubblica svoltasi in data 14 novembre 2018 nell'ambito del procedimento per annullamento dell'ordinanza ingiunzione AGCom 499/17/CONS, il TAR Lazio rigettava il ricorso tramite dispositivo, impugnato davanti al Consiglio di Stato in via cautelare con richiesta di sospensiva. In data 20 dicembre 2018, il Supremo Collegio accoglieva le istanze degli operatori sospendendo così l'esecutività del dispositivo impugnato, con specifico riguardo all'ordine contenuto nella delibera AGCom 499/2017/CONS e disponendo, di fatto, lo slittamento - dal 31 dicembre 2018 al 31 marzo 2019 - del termine imposto perentoriamente dall'Ag.com per il rimborso della succitata "tredicesima mensilità". Risulta quindi ancora sub iudice uno dei profili su cui in maniera indiretta - si fondano le avverse domande e ciò implica, di conseguenza, l'impossibilità, da parte di codesto Corecom, di poter deliberare al riguardo. Controparte ritiene 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, essendosi limitata a dare esecuzione alle clausole contrattuali regolanti il rapporto di fornitura, incluso l'art. 13 delle Condizioni generali di abbonamento al servizio telefonico di base attualmente vigenti nonché l'art. 12 delle Condizioni Generali di Contratto Servizi di Fonia e Disabilitazione (Doc. 3: "TIM ha facoltà di modificare unilateralmente le condizioni economiche, sia nella tipologia che nella misura e nella struttura dei corrispettivi e degli oneri a carico del Cliente comunque denominati, come anche di variare le condizioni contrattuali e di erogazione/ fruizione dei servizi, dandone comunicazione al Cliente con almeno 30 giorni di anticipo e assicurando al Cliente, per tale periodo di tempo, il diritto di recesso senza penali né costi di disattivazione") e risultando pertanto infondata la domanda del Sig. Leoni. A fortiori, si rileva in questa sede come tale ripristino sia stato in ogni caso conseguente caducazione di ogni addebito in tal senso ed infondatezza delle richieste qui svolte da controparte che, ad ogni buon conto, migrava verso OLO in data 18 ottobre 2018. Da ultimo, riguardo la

richiesta di indennizzo ex art. 12 delibera 347/18/CONS TIM ritiene doveroso precisare che nessun reclamo è mai stato effettuato da parte istante con riferimento alla prima variazione tariffaria, risultando documentato all'interno dei propri sistemi e non da parte istante un solo reclamo, datato 11 aprile 2018, pervenuto il successivo 13 agosto e riscontrato in data 26 ottobre 2018”. Concludeva per il rigetto dell’istanza.

Preliminarmente, si osserva che l’istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui all’art. 14, comma 3 del Regolamento, ed è pertanto proponibile ed ammissibile. Parte istante richiede l’indennizzo per la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali con riferimento alla rimodulazione delle tariffe a “28 giorni” in violazione della Deliberazione Agcom n. 121/17/CONS del 15.03.2017. La domanda non può essere

accolta in primis perchè per la violazione della Delibera Agcom n. 121/17/CONS, la stessa Agcom ha già provveduto con la Delibera n. 499/17CONS a sanzionare la compagnia telefonica Non solo. Sempre l’Autorità

ha definito i confini e gli ambiti degli indennizzi da riconoscersi agli utenti destinatari della illegittima modifica

unilaterale del contratto. Tanto premesso sul punto, relativamente alla richiesta di storno e restituzione degli importi pagati in eccedenza per le fatture, la stessa trova parziale accoglimento nella parte concernente la restituzione, da parte di TIM xxx, delle differenze derivanti dalla modifica del ciclo di fatturazione, atteso l’obbligo di fatturazione su base mensile imposto agli operatori a partire dal 23 giugno 2017 in base alla delibera Agcom n. 252/16/CONS, come modificata dalla delibera Agcom n. 121/17/CONS, e da calcolarsi secondo il criterio dei cosiddetti “giorni erosi” secondo le modalità e per il periodo stabiliti dalla delibera Agcom n. 112/18/CONS, definitivamente confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 879 del 4 febbraio 2020. Non avendo contezza questo Corecom se parte istante sia ancora abbonato con il gestore Tim S.p.A., il rimborso non può che essere effettuato in forma monetaria, moltiplicando il “canone giornaliero” per

il numero di giorni erosi nel “periodo di riferimento” (ovvero il periodo per il quale l’utente è stato cliente dell’operatore nell’intervallo di tempo che va dal 5 marzo 2017 (data di sottoscrizione del contratto) fino alla data di ritorno alla fatturazione mensile, utilizzando la seguente formula di calcolo: $[(\text{canone mensile} \times 12) / 365] \times \text{n. di giorni erosi}$. Sarà pertanto onere del gestore TIM xxx, rimborsare all’istante, a mezzo assegno da spedire presso l’indirizzo di fatturazione, la somma spettante maggiorata degli interessi legali dalla

domanda al soddisfo. Quanto all’indennizzo da mancata risposta al reclamo valga quanto segue. L’istante ha presentato reclamo in data 13.6.2018. La circostanza è stata pacificamente riconosciuta da Telecom che allega un riscontro privo, però, della prova delle effettiva ricezione da parte dell’utente. Rileva, in proposito, il disposto dell’articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP ess.mm.ii secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque, nel caso dell’operatore TIM spa, non superiore a 30 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. Ed invero, nei casi di rigetto, come si desume dalla difesa Telecom, la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l’evidente fine di dare all’utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell’operatore come soggetto

strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato. L’operatore, pertanto, avrebbe dovuto

dare riscontro al reclamo. Per questa omissione spetta, all’istante l’indennizzo ai sensi dell’art. 11, commi 1, dell’Allegato A, Delibera 73/11/Cons e ss.mm.ii nella misura di € 300,00. Infine, relativamente alla possibilità

di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l’espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, come previsto dall’articolo 19, comma 6 del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto “del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”, nel caso in oggetto, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, si ritiene congruo liquidare l’importo di euro 50,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione. Resta salva la possibilità da parte dell’istante di adire l’Autorità giudiziaria per il risarcimento del maggior danno.

DETERMINA

- TIM xxx (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 01/02/2019, è tenuta a corrispondere in favore dell'istante le seguenti somme a mezzo assegno da spedire presso l'ultimo indirizzo di fatturazione: - € 50,00 a titolo di spese di procedura; - € 300,00 a titolo di "indennizzo da mancata risposta al reclamo" oltre interessi dalla domanda al soddisfo; - TIM xxx è altresì tenuta a rimborsare, maggiorata degli interessi legali dalla domanda al soddisfo, la somma relativa ai cd "giorni erosi" per effetto della fatturazione a 28 giorni.

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 Responsabile della Struttura
Roberto Rizzi

F.TO