

CO.RE.COM. CAL/RIP

DELIBERAZIONE N. 53-2018

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Davola xxxxx c/ Tim – Telecom Italia xxxxx – n. utenze xxxxxxxx e xxxxxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 27 novembre 2018, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Rotta Dott. Giuseppe	Presidente
Cileone Avv. Massimiliano	Vicepresidente
Santacroce Avv. Frank Mario	Segretario

e l'Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com; Visti:

la legge 14 novembre 1995, n. 481, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" e succ. modif. ed int.;

l'Accordo quadro del 28 novembre 2017 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, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera 395/17/CONS;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria in data 19/21 dicembre 2017;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons. del 19 aprile 2007, "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", di seguito "Regolamento";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori", di seguito "Regolamento indennizzi";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

VISTA l'istanza, acquisita al prot. n. 46095 del 14 novembre 2017, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 15 novembre 2017, prot.n. 46339, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di ciascun procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

Visti gli atti del procedimento, il verbale di udienza e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

1. La posizione del ricorrente

L'istante si è rivolto al Co.Re.Com. e, dopo aver esperito il tentativo di conciliazione con esito negativo, ha depositato un'istanza di definizione della controversia, riferita alle proprie utenze telefoniche fisse, tipologia business, con cui ha affermato quanto segue:

"il sig. Davola, titolare di uno studio commerciale, avendo numerose problematiche di connessione ad internet, per la propria attività veniva consigliata come unica soluzione la linea HYperway eternity (invero adatta a realtà più grandi con diverse sedi in luoghi lontani per collegare le stesse e non per un semplice studio commerciale), pertanto in data 03/10/2016 firmava contratto del quale riceveva sunto con nota dell'11/10/2016 tale servizio prevedeva la linea internet a 10 m al costo annuo di € 9586,42 (mensili € 798,87) ed una tantum di € 1.443,29, firmato il contratto venivano eseguiti dei lavori per l'installazione di tale linea (alcuni lavori sono stati eseguiti ad esclusivo onere del sig. Davola, finalmente nel marzo 2017 ovvero al 10/04/2017 con esattezza tali lavori venivano completati ed veniva attivata la linea che funzionava correttamente. Senonché nel giugno 2017 arrivano ben 2 bollette di € 6462,89 ed € 6185,02 per le quali inoltrava reclami in data 20.06.2017 privi di riscontro ed successivamente riceveva le bollette n. 4 e 5 ciascuna di € 1346,76 e n. 4 di € 1518,74 e 5 di € 1490,40. Invero per ogni bimestre arrivano fatture doppie relative a 2 linee la 096313004XXX e la 096313004XXX cosa con non era stata concordata in sede precontrattuale ed contrattuale poichè il costo doveva essere unico ovvero € 798,87 mensili, inoltre le prime due bollette comprendono periodi di fatturazione in cui il servizio non era attivo. Per quanto appena esposto, l'istante ha così esplicitato le proprie richieste:

"Per pratica commerciale scorretta anche poichè era anche attivabile altro servizio a costi decisamente meno elevati, inadempimento contrattuale e tardivo riscontro ai reclami si chiede che tutte le fatture relative ai costi della seconda linea (da scegliere ad opera di tim) vengano annullati poichè non previsti in sede precontrattuale, che la prima fattura del 3 bimestre 17 della linea contrattuale venga rideterminata considerando solo il periodo di attivazione e funzionamento ovvero marzo-aprile 2017, che venga restituito l'importo di quelle fatture pagate dal sig. Davola per paura di una interruzione del servizio ed un indennizzo per mancato riscontro e pratica scorretta per € 4000,00. Inoltre si chiede una corretta applicazione tariffaria del contratto con riserva in altro procedimento di richiedere una modifica dello stesso e/o risoluzione per eccessiva onerosità".

Con successiva memoria l'istante ha diffusamente controbattuto alle difese di controparte, ha chiesto

l'ammissione di registrazione telefonica a comprova dell'invio di due reclami ed ha così precisato le proprie richieste:

L'esatto adempimento da parte di Tim degli obblighi contrattuali assunti e contenuti nelle condizioni datate 11/10/2016 ovvero il servizio internet 10 mb/s tramite linea HYperway eternity al costo di € 798,87 mensili, decorrenti dal momento in cui il servizio è stato reso disponibile ovvero dal maggio 2012 poichè prima di tale periodo il servizio non era attivo, il tutto con le due linee numeriche tecniche vigenti o con altra soluzione tecnica opportuna;

2) Lo storno ed l'annullamento della doppia fatturazione operata nell'occorso (per tutte le fatture emesse e di prossima emissione) ovvero completo annullamento delle fatture relative alla linea 096313004XXX o alla linea 0963.13004XXX ovvero in subordine un ricalcolo completo della fatturazione in modo corretto ed contrattuale anche, eventualmente, su entrambe le linee senza operare l'annullamento totale delle fatture relative ad una linea;

3) Il pagamento di indennizzo per tardivo (rectius omesso) riscontro al reclamo (di cui si è dimostrata l'esistenza) e per inadempimento contrattuale e pratica commerciale scorretta per complessivi € 4,000,00 o in quella maggiore o minore somma che risulterà di giustizia, il tutto diffidando TIM dal risolvere il contratto in questione relativo anche ad una sola linea tecnica nel caso in cui senza di essa non sia possibile fornire il servizio a 10 mb/s, "1.

2. La posizione dell'operatore

La società resistente, tempestivamente costituita, ha respinto ogni addebito, specificando quanto segue:

"In data 3.02.16 è stata sottoscritta proposta di attivazione per i servizi: a) gigabusiness 100; b) Hyperway – Eternity Silver 10; c) Houstin Evoluto Ready; d) router in acquisto (€ 260,00) con canone di manutenzione di € 460,00 anno (all. 1).

In data 12.10.16 è stato emesso l'ordinativo di lavoro per l'attivazione del collegamento identificato con il numero 0963/13004XXX;

In data 19.10.16 è stato emesso l'ordinativo di lavoro per l'attivazione del collegamento identificato con il numero 0966/13004XXX.

Entrambi gli ordinativi sono stati espletati, a seguito di ricezione di collaudo con data di attivazione tecnica 07.12.16 (All. 2-3).

Appare evidente che la fatturazione è conforme al servizio installato e fornito, come si rileva dal listino commerciale di seguito riportato:

...omissis... Contributo di attivazione dell'accesso Eternity secondo listino Hyperway attualmente in vigore; canoni annui dell'accesso Eternity secondo il profilo contrattualizzato (Silver Gold) e in funzione della velocità e del numero delle porte contrattualizzate (secondo listino Hyperway attualmente in vigore);

Canoni annui per prestazioni opzionali del servizio Eternity (rif. listino Hyperway attualmente in vigore).

A questi importi relativi all'accesso Eternity, si sommano gli importi dovuti per la connettività e le prestazioni opzionali relative all'offerta GigaBusiness.

Canone per il servizio di accesso ad internet secondo il valore di banda contrattualizzata ...omissis...

E' importante precisare che l'istante era a conoscenza delle condizioni economiche e tecniche dell'offerta richiesta, in quanto ...omissis... contenute nelle proposte di attivazione regolarmente sottoscritte.

In merito alle doglianze de quo non si riscontrano reclami inviati dall'istante ...omissis....

L'art. 23 delle C.G.A. ...omissis.. stabilisce che "i reclami relativi ad importi addebitati in Fattura, dovranno essere inviati all'indirizzo indicato sul conto Telecom entro i termini di scadenza della Fattura in contestazione. L'utente è comunque tenuto al pagamento, di tutti gli importi non oggetto del reclamo addebitati nella Fattura entro la data di scadenza della stessa".

Si rileva che l'istante ha omesso il pagamento di tutte le fatture dal bim. 3 al 6 2017, accumulando una morosità di € XXXXX".

Il gestore, pertanto, ha concluso per l'integrale reiezione dell'avversa domanda.

3. Motivazione della decisione

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

La decisione è frutto di un'adeguata comparazione dei documenti prodotti e delle correlative allegazioni con i rispettivi oneri probatori.

In via preliminare, va dichiarata l'irricevibilità della registrazione telefonica prodotta da parte ricorrente in concomitanza con il deposito della memoria di replica, in quanto trattasi di documento di natura informatica inviato ben oltre il trentesimo giorno assegnato con l'avvio del procedimento.

Nel merito, con riferimento alla richiesta di esatto adempimento e di storno di tutte le fatture eccedenti le condizioni economiche concordate, la domanda è da ritenersi accoglibile, entro i limiti di quanto verrà chiarito. Tim non ha offerto prova di aver pattuito condizioni economiche diverse da quelle indicate dall'utente, laddove l'utente ha viceversa dimostrato di aver stipulato un contratto per la fornitura di un accesso GBE, con servizi internet, prodotti dati e servizi ITC al costo annuo di € 9.586,42 (mensili € 798,87) ed una tantum di € 1.443,29. Dovrà, dunque, essere disposto lo storno di tutti i costi eccedenti a quelli appena precisati, perché non previsti dal contratto.

Orbene, com'è noto, la bolletta, non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico. La fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali (Cass. Civ. sez. III, 17 febbraio 2006, n. 947). Sussiste, quindi, in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati fatturati, nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). Le risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate dall'utente ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi

Tanto premesso, la doglianza dell'istante relativa all'asserita indebita fatturazione è convincente, atteso che TIM non ha dimostrato la conformità tra le condizioni economiche pattuite e quelle concretamente applicate, laddove parte istante ha debitamente assolto ai propri oneri probatori.

Dovrà quindi essere regolarizzata la posizione amministrativo contabile dell'utente, con l'applicazione del canone mensile di € 798,87 - avuto riguardo alle due utenze - dall'11 gennaio 2017 alla data di pubblicazione del presente provvedimento. Conseguentemente, dovranno essere stornate le somme eccedenti richieste a tale riguardo. Restano invece fermi, eventuali addebiti per telefonate a tariffazione speciale, o verso l'estero, o comunque correlati a un servizio di altra natura reso (es. telegramma).

E' fatto salvo, ovviamente, il diritto delle parti di rinegoziare liberamente nuove condizioni economiche e, in tal caso, ove la proposta provenga dall'operatore, all'utente dovrà essere concessa la possibilità di recedere del contratto senza costi ulteriori rispetto a quelli approvati dall'Agcom conformemente al tipo di tecnologia applicata.

Vanno altresì stornati tutti i costi riferiti al periodo antecedente al mese di marzo 2017. A tale proposito, secondo parte istante, i servizi sarebbero stati attivati nel mese di marzo, ma l'operazione sarebbe stata completata il 10 aprile 2017, giorno in cui il tecnico di Tim ne ha certificato la completa attivazione.

Il ricorrente, infatti, ha dato prova di ciò, attraverso l'esibizione di copia della scheda d'ordine, recante la sottoscrizione di personale tecnico dell'operatore. Il gestore, dal canto suo, non ha offerto, a tal proposito, prova contraria.

Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, infatti, si giunge a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio, concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, in tema di fornitura del servizio nell'ambito del settore delle telecomunicazioni, è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento*

dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (Cass. Civ. n.2387/04 e 936/10). Parimenti consolidato è il principio di vicinanza della prova, anch'esso fatto proprio da questo Co.re.com., secondo cui: "l'onere della prova, poi, dev'essere ripartito oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio" (Cass, Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e 10 gennaio 2006 n. 141). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce degli anzidetti criteri di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente dell'assenza di fornitura del servizio per i periodi antecedenti al marzo 2017, con indebita fatturazione, era onere del gestore contestare l'asserto a mezzo prova contraria.

Nessuna prova è stata offerta, invece, dalla resistente in merito alla regolarità della fatturazione per i periodi antecedenti alla predetta data, sicché la domanda dell'utente merita pieno accoglimento.

Non meritano invece accoglimento le domande di indennizzo per la mancata risposta ai reclami e per pratica commerciale scorretta. La prima perché non suffragata da prova documentale, non avendo l'utente prodotto alcun reclamo, a comprova del suo asserto. La seconda perché non ricompresa nell'ambito delle previsioni regolamentari.

Da ultimo, dovendo valutare il comportamento delle parti ai fini della liquidazione delle spese di procedura, considerate le rispettive posizioni, la partecipazione di un delegato del ricorrente all'udienza di conciliazione e di definizione, l'accoglimento parziale dell'istanza, le eccezioni proposte e le difese, ricorrono le condizioni per riconoscere al ricorrente la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura;

Per tutto quanto sopra esposto,

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udito il Presidente, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge,

DELIBERA

1) In accoglimento parziale dell'istanza di definizione promossa da Davola G., con improcedibilità/rigetto delle ulteriori domande e per le motivazioni di cui in premessa, Tim Telecom Italia è tenuta a:

a) regolarizzare la posizione amministrativa-contabile del cliente, applicando per le utenze 096313004XXX e 096313004XXX il canone mensile di € 798,87 e il contributo una tantum di € 1.443,29, mediante storno dei costi eccedenti ed eventuale rimborso di quanto maggiormente versato;

b) stornare tutte le fatture e gli addebiti riferiti a periodi antecedenti al mese di marzo 2017, fatta esclusione per il contributo una tantum di cui sopra;

c) corrispondere la somma di € 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di rimborso e/o indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo e che le somme riconosciute a titolo di rimborso/indennizzo, dovranno essere versate a mezzo bonifico bancario o assegno;

2) la società è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notifica della medesima;

3) il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

4) è fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito;

5) il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Co.Re.Com. e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Presidente
F.to Dott. Giuseppe Rotta

Il Segretario
F.to Avv. Frank Mario Santacroce

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Direttore
F.to Avv. Rosario Carnevale