

DETERMINA 9 Fascicolo n. GU14/595535/2023**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Vacalebre XXX- 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, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

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”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

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;

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

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitato regionali per le comunicazioni tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Calabria" sottoscritta dalle parti in data 14 febbraio 2023;

VISTA la Delibera n. 358/22/CONS del 12 ottobre 2022, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi”, articolo 20 (Decisione della controversia), comma 7: “La definizione delle controversie di modesta entità, che hanno a oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 euro alla data di presentazione della domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Responsabile della struttura(...)”;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 21/03/2023

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

POSIZIONE ISTANTE: L’istante riferisce: ”Ho ricevuto dalla Società EuropaFactor Spa un sollecito di pagamento relativo alle fatture: • n.7X02428X emessa il 14.6.2012 per € 128,63; • n.7X0037XXX emessa il 14.02.2012 per € 116,89; • n.7X01205XX emessa il 16.04.2012 per €22,67; per un totale complessivo di €

268,19. In data 03/02/2023 ho richiesto alla TIM Spa, a mezzo PEC che allego, la copia di dette fatture e copia del sollecito di pagamento delle stesse senza esito.”. E ha chiesto l’annullamento della posizione debitoria.

La resistente in via preliminare eccepisce l’inammissibilità dell’istanza per la mancanza dei requisiti di ammissibilità previsti dall’art. 6 della Delibera n. 203/2018/Cons, atteso che l’istante ha indicato un’utenza telefonica fissa ma le fatture contestate fanno riferimento ad un’utenza mobile, ed inoltre la tipologia di contratto è “Affari” e non “privato” come indicato dall’utente. Eccepisce sotto un ulteriore profilo l’inammissibilità dell’istanza, in quanto esula dal campo di applicazione del Regolamento Agcom secondo quanto previsto dall’art. 2, comma 2, posto che il credito sul quale verte l’odierna istanza di definizione non è mai stato preceduto da un reclamo e quindi non è mai stato contestato. Precisa infatti, al riguardo, che l’istante ha inoltrato una PEC per richiedere il duplicato delle fatture e che non risultano reclami al momento dell’emissione delle fatture. Osserva che dalla documentazione in atti non appare l’esistenza di reclami scritti concernenti addebiti in fattura, né di alcun reclamo telefonico. Infatti, sostiene la resistente, a ogni reclamo telefonico è assegnato un codice identificativo che contestualmente è comunicato all’utente, al fine della tracciabilità e per eventuali aggiornamenti sullo stato della pratica (Co.Re.Com Umbria Delibera n. 13/2018); tutto ciò non l’ha riscontrato. Rappresenta che la posizione debitoria dell’istante risulta pari ad €691,51. Per tali motivi, conclude chiedendo l’estromissione dalla procedura per carenza di legittimazione passiva, atteso che Tim non dispone più di una parte del credito essendo stato quest’ultimo regolarmente ceduto (pro soluto) alla società Europa Factor, come è stato notificato a parte istante, e in subordine, attesa l’assenza di responsabilità, chiede il rigetto dell’istanza, in quanto infondata in fatto e in diritto. L’ 11 settembre 2023, si è svolta l’udienza di discussione fissata da questo Ufficio per acquisire elementi utili per la definizione della controversia. Nel corso dell’udienza di discussione, l’utente ha insistito nelle richieste formulate nei propri atti difensivi. Dall’altra parte, il rappresentante legale dell’operatore ha insistito nelle richieste per come formulate nella memoria difensiva.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste della parte istante possono essere accolte. In via preliminare, si rigetta l’eccezione sollevata dall’operatore di inammissibilità per mancanza dei requisiti di cui all’art. 6 del Regolamento, in quanto l’operatore non ha dato alcuna prova del proprio assunto. Difatti la società resistente non ha allegato alcun documento che comprovi la tipologia “affari” del contratto sottoscritto dall’istante, ovvero la natura dell’utenza ad egli intestata, che sarebbe, a suo dire, di tipo mobile e non fissa come indicato nel formulario. Sempre preliminarmente, l’odierno gestore eccepisce l’improcedibilità della procedura avviata per difetto di legittimazione passiva in capo a sé stesso, in quanto non può titolare del credito oggetto di contestazione avendolo ceduto alla Società Europa Factor S.p.A., così come notificato all’istante. In particolare, Tim rileva come, per effetto della intervenuta cessione del credito, la materia oggetto della presente controversia esuli dal campo di applicazione del Regolamento di procedura delle controversie di cui alla delibera n. 203/18/CONS e succ. mod. e integraz.. Invero la cessione del credito consiste nel negozio giuridico, regolato dagli artt. 1260 e segg. del codice civile, in base al quale: *“Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purchè il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge. Le parti possono escludere la cedibilità del credito; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione”*. La cessione, si perfeziona, nei rapporti tra ‘creditore-cedente’ e ‘cessionario’, in forza del solo consenso da essi espresso. Si tratta, quindi, di un rapporto giuridico bilaterale tra ‘creditore’ e ‘cessionario’ che rimane estraneo alla sfera di intervento del ‘debitore-ceduto’. Ai sensi dell’art. 1264 c.c., la cessione del credito spiega i suoi effetti nei confronti del ‘debitore-ceduto’ quando questi l’abbia accettata o quando gli sia stata notificata, ossia quando gli sia stata data una comunicazione formale. La notifica dell’avvenuta cessione deve essere considerata come condizione necessaria affinché la stessa possa divenire opponibile al debitore ed obbligarlo ad adempiere. La fattispecie de qua si configura a tutti gli effetti come rientrante all’interno della cessione del credito di cui all’art. 1260 c.c., in cui l’odierna istante riveste il ruolo di ‘debitore – ceduto’, avendo ricevuto la notifica dell’insoluto contestatole dalla società Europa Factor in qualità di ‘cessionaria’ del credito alla stessa ceduto da Tim, ‘creditore- cedente’(Cfr. Co.re.com. Abruzzo Delibera n. 11/23). Orbene sulla fattispecie in questione l’Agcom, in risposta ad un quesito alla stessa sottoposto dal Corecom Sicilia in ordine alla legittimità o meno dell’eccezione di inammissibilità sollevata dall’operatore Tim in merito alla propria ritenuta carenza di legittimazione passiva nei casi di avvenuta cessione del credito, relativamente a quanto previsto dell’art. 2, c. 2 del vigente Regolamento di procedura delle controversie di cui alla Del. 358/22/CONS, secondo il quale: *“Sono escluse dall’applicazione del presente regolamento le controversie attinenti unicamente*

al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate dall'operatore, a eccezione di quelle inerenti a crediti o prestazioni contestate dall'utente", ha precisato: *"Il Regolamento è chiaro: sono escluse dall'applicazione dello stesso le controversie attinenti esclusivamente al recupero del credito, che in termini pratici significa che non ci deve essere stata contestazione delle prestazioni da parte dell'utente. In tutti gli altri casi, ove cioè il mancato pagamento è conseguente a una contestazione circa gli addebiti, l'istanza è ammissibile e a nulla rileva l'eventuale cessione del credito. Ne consegue che, in ogni caso, l'eventuale accoglimento dell'eccezione di inammissibilità debba essere giustificato sotto il profilo oggettivo della mancanza di contestazione e mai sotto quello soggettivo della carenza di legittimazione per cessione del credito"*. Inoltre l'Agcom interpellata dal Corecom Abruzzo sulla questione che ci occupa, ha affermato che l'assunto sopra riportato è applicabile anche laddove l'utente abbia dichiarato di non aver mai ricevuto dal gestore le fatture oggetto di avvenuta cessione del credito e, dunque, non abbia avuto la materiale possibilità di effettuare il corrispondente reclamo nei termini di cui all'art. 2, c. 2 del vigente Regolamento di procedura (cf.r. Co.re.com. Abruzzo Delibera n. 39/23). Nel caso de quo l'istante ha dichiarato di aver ricevuto un sollecito di pagamento da parte della società Europafactor XXX relativo ad alcune fatture di cui non aveva mai avuto contezza prima del ricevimento di tale nota, ed in risposta a tale richiesta ha documentato in atti di avere inviato all'operatore, a mezzo PEC, il 3 febbraio 2023 la contestazione relativa ai suddetti documenti contabili. Pertanto deve essere rigettata l'eccezione sollevata dalla società resistente di inammissibilità dell'istanza per inapplicabilità del Regolamento, in quanto l'istante ha provato di aver reclamato le fatture appena ha ricevuto il sollecito di pagamento, mentre Tim nulla ha prodotto, per dimostrare la corretta gestione della posizione contabile riferita all'utente depositando in atti, ad esempio, copia di eventuale sollecito di pagamento inviato prima della cessione del relativo credito a terzi. Riguardo al difetto di legittimazione passiva, invece, occorre evidenziare che il Corecom ha competenza per le controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, per cui nessun provvedimento può essere dal medesimo adottato nei confronti di soggetti diversi da quelli menzionati (utenti e operatori), e dunque, come nel caso di specie, nei confronti di Europa Factor, cui l'operatore ha ceduto il credito vantato nei confronti dell'istante. Tuttavia, consolidata giurisprudenza di legittimità ritiene che il debitore conservi le eccezioni opponibili al cedente anche nei confronti del cessionario (cfr., da ultimo, Cass. Civ., sez. III, ord. 7 giugno 2018, n. 14729 e giurisprudenza ivi citata); pertanto l'utente ha interesse che venga accertata la legittimità della debenza delle somme in contestazione, a prescindere dalle vicende successive che interessano i diritti di credito che ne discendono (Co.re.com. Lombardia Determinazione del 7 marzo 2023, GU14/553935/2022). Nel merito dalla documentazione in atti, emerge che la Tim, benché a ciò onerata in base alle regole generali in tema di onus probandi in materia di adempimento di obbligazioni (si vede a tale proposito 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 e da ultimo Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), non ha prodotto i contratti che sarebbero alla base delle pretese creditorie vantate (ora dalla società cessionaria) nei confronti dell'utente, né le fatture contestate, limitandosi a produrre una comunicazione inviata allo stesso contenente copia del supporto per visualizzare le fatture, che però non è accessibile. Pertanto, la pretesa creditoria nei confronti dell'istante risulta destituita di fondamento e deve essere annullata.

DETERMINA

- TIM XXX (Kena mobile), in accoglimento dell'istanza del 21/03/2023, è tenuta a stornare le fatture n.7X0242XXX emessa il 14.6.2012 per € 128,63; n.7X0037XXX emessa il 14.02.2012 per € 116,89; n.7X01205XXX emessa il 16.04.2012 per €22,67; per un totale complessivo di € 268,19.

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
Maurizio Priolo