



DETERMINA Fascicolo n. GU14/663838/2024

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX- TIM
SpA (Telecom Italia, 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 l’istanza dell’utente XXX, del 20/02/2024 acquisita con protocollo n. 0053142 del 20/02/2024

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante sig. XXX, titolare dell’utenza XXX, avviava la procedura di definizione di cui al Regolamento approvato con Delibera n. 203/18/CONS e s.m.i., nei confronti della Telecom Italia s.p.a., lamentando l’ingiusto addebito della rata del modem. L’istanza veniva rubricata con n. GU14/663838/2024. Nello specifico, l’istante, per il tramite del proprio difensore, esponeva: “...al momento della sottoscrizione del contratto di fornitura del servizio internet e voce, il rappresentato non ha concordato con Tim l’acquisto del modem ma più genericamente un abbonamento tutto compreso. Dopo la ricezione della prima fattura il rappresentato ha constatato l’addebito del prodotto a 5€ al mese con una rateizzazione di 48 mesi ed ha contestato telefonicamente la circostanza ma non ha avuto alcun riscontro. Poiché non è possibile provare in negativo la mancata sottoscrizione del contratto e non avendo ricevuto alcuna documentazione dall’operatore dopo la sottoscrizione dell’abbonamento, si deve dedurre che l’addebito del modem è privo di una fonte contrattuale che lo giustifica e quindi è applicabile l’art. 12 delle condizioni generali di abbonamento che prevede la cd Opzione di acquisto, ovvero la possibilità di restituire il prodotto entro 30 giorni dalla cessazione del contratto oppure di esercitare l’opzione d’acquisto del modem che ha avuto in uso pagando a TIM il prezzo indicato nelle Condizioni Economiche dell’Offerta. Alla luce delle condizioni contrattuali previste proprio da Tim, il cliente ha dunque facoltà di utilizzare il modem fino alla fine del contratto e di decidere alla fine di

esso se restituirlo o riscattarlo”. L’istante concludeva chiedendo “rimborso di € 240,00 e impegno a pagare le rate rimanenti o, in alternativa, rimborso di quanto pagato e storno delle rate rimanenti, oltre alle spese per la procedura di definizione”.

L’operatore Telecom Italia s.p.a. depositava memoria difensiva contestando le doglianze di parte istante, ritenendole infondate e non provate, pertanto, ne chiedeva il rigetto. Nello specifico, la Telecom Italia s.p.a. rappresentava che la linea telefonica relativa all’istante era stata attivata in data 27.06.2018. Il cliente, in fase di attivazione con l’offerta Tim Connect riceveva il modem in comodato d’uso gratuito, dunque, non subendo alcun costo in fattura. In data 03.08.2020, l’istante effettuava una variazione da Adsl a Fibra con l’attivazione dell’offerta Nuova Tim Super e gli veniva inviato il modem fibra in vendita rateizzata al costo di € 5,00 per 48 rate (costo totale del modem € 240,00). La prima rata del nuovo modem veniva addebitata sul conto di settembre 2020. Fino all’ultimo conto di febbraio 2024 erano state addebitate all’istante 41 delle 48 rate previste per l’acquisto del modem, restando ulteriori 7 rate da corrispondere sulle prossime fatture. In sostanza, a parere dell’operatore, l’istante era pienamente a conoscenza dell’addebito della rata del modem, il tutto tenuto conto dell’assenza di reclami formulati in tal senso, dalla mancata restituzione del prodotto e dal pagamento regolare delle fatture. Infatti, Telecom Italia s.p.a. rilevava che non risultavano reclami da parte dell’istante, a far data dalla prima fattura contenente l’addebito (settembre 2020) in merito all’ingiusto costo della rata del modem. L’operatore concludeva ritenendo corretto il proprio operato e infondate le richieste del sig. XXX.

Le richieste dell’istante meritano parziale accoglimento per le ragioni che seguono. Parte istante lamenta l’inesistenza di una fonte contrattuale relativamente alla vendita del modem, ritenendo che, in occasione della conclusione del contratto con l’operatore, aveva concordato (sostiene “genericamente”) un’offerta “tutto compreso”. Dall’inesistenza del contratto di vendita del modem, secondo l’istante, discenderebbe l’inapplicabilità delle Condizioni Generali di Abbonamento relativamente alla vendita del prodotto e l’applicabilità, invece, delle Condizioni Generali di Abbonamento relative al contratto di fornitura internet e voce, non posto in discussione dall’istante. Quest’ultimo lamenta che l’operatore, sul punto, non avrebbe dimostrato la volontà del sig. XXX di acquistare un prodotto rateizzato, con conseguente richiesta di restituzione delle rate del modem già corrisposte e lo storno (o il rimborso) di quelle che dovrebbero essere ancora pagate dall’utente. Ebbene, nella presente controversia la situazione si presenta incerta, non avendo entrambe le parti fornito adeguato supporto probatorio a conferma delle proprie ragioni. Andiamo per ordine. Parte istante, sebbene lamenta l’inesistenza della fonte contrattuale relativa alla vendita del modem, nulla produce a conferma di quanto asserisce, pertanto, allo stato degli atti e delle difese delle parti, non può dirsi, con assoluta certezza che la parte non intendesse acquistare un prodotto rateizzato al momento della stipula del contratto. Ciò tra l’altro, trova conferma nella circostanza secondo cui l’istante sostiene di aver “genericamente” aderito ad un’offerta tutto compreso e, dall’altro, con la circostanza che, comunque, l’utente abbia ricevuto ed utilizzato il modem, sin dalla data di sottoscrizione del contratto (e lo utilizza tutt’ora). Anche la Telecom Italia s.p.a. nulla produce a sostegno dell’assunto secondo cui l’istante avrebbe invece sottoscritto un’offerta prevedendo l’acquisto del modem, per un importo di € 5,00 addebitato in fattura, per 48 rate. L’operatore non fornisce la prova in ordine alla trasmissione e alla ricezione, da parte dell’istante, della documentazione contrattuale ed economica dell’offerta attivata. Nel caso di specie, infatti, l’operatore non produce alcun documento idoneo a comprovare la volontà dell’istante di acquistare il modem a mezzo di 48 rate, ciascuna di € 5,00. In tema di onere della prova, il principio cardine del nostro ordinamento è racchiuso nell’art. 2697 c.c., secondo cui: “chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda”. Nel caso di specie, l’istante e l’operatore non hanno assolto l’onere della prova su di essi incombente, contravvenendo il principio innanzi richiamato. A ciò si aggiunga, con ciò replicando a quanto sostiene parte istante in merito alla prova “in negativo”, che orientamento costante ritiene il principio dell’onere probatorio applicabile anche in tali casi. A tal uopo, la Corte di Cassazione stabilisce: “...l’onere probatorio gravante, a norma dell’art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l’estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, tanto più se l’applicazione di tale regola dia luogo ad un risultato coerente con quello derivante dal principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, riconducibile all’art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l’esercizio dell’azione in giudizio. Tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione

di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo” (cfr. Corte di Cassazione civile n. 8018/2021 del 22.03.2021). Sussistono, nel caso ad esame, ulteriori elementi a confermare quanto innanzi rilevato. Non risulta agli atti che l’istante abbia presentato contestazioni e/o reclami in merito all’addebito della rata del modem, tra l’altro pagandola, sin dalla prima fattura emessa dall’operatore, risalente al mese di settembre 2020 (e che sta ancora regolarmente pagando). Inoltre, non rileva quali Condizioni Generali di Abbonamento siano applicabili al caso di specie, potendo comunque l’istante avvedersi del costo della rata del modem sin dalla prima fattura, contestarne l’addebito e, di conseguenza, esercitare il diritto di ripensamento e/o di recesso in base al Codice del Consumo (d. Lgs. n. 206/2005 e s.m.i.). Così come non rileva che l’istante non abbia ricevuto copia di documentazione da parte dell’operatore, potendo, in qualità di parte contraente, richiedere la documentazione in ogni momento. Anche la posizione dell’operatore risulta incerta dal punto di vista dell’esistenza o meno della fonte contrattuale relativa alla vendita del modem. Infatti, la Telecom Italia s.p.a. nulla produce a sostegno della circostanza che l’istante stipulava un’offerta prevedendo l’acquisto del modem a mezzo di 48 rate, per un importo di € 5,00. Nemmeno è dimostrata, al di fuori di ogni dubbio, la correttezza dell’operato dell’operatore al momento della conclusione del contratto con l’istante e che sia stato a quest’ultimo regolarmente e tempestivamente inoltrata la relativa documentazione. In virtù di tutto quanto innanzi specificato e rilevato, il presente provvedimento viene adottato in base al principio di cui all’art. 13, comma 7, allegato A alla delibera n. 347/18/CONS e s.m.i., del Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, secondo cui “Per le fattispecie d’inadempimento o disservizio non contemplate nel presente regolamento trovano applicazione, ai fini della definizione delle controversie, le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi simili, avuto riguardo alla gravità dell’inadempimento. Se non è possibile ricorrere all’applicazione in via analogica degli indennizzi previsti, l’indennizzo è computato secondo equità”. In sostanza, valutata la documentazione e le argomentazioni delle parti, nel condividere gli orientamenti di altri CO.RE.COM. (cfr. CO.RE.COM. Molise e Lombardia) sul punto, e in conformità ad altro provvedimento di questa Autorità adottato in fattispecie praticamente identica a quella che ci occupa, la richiesta di parte istante può essere parzialmente accolta, riconoscendo, secondo equità, un importo di € 100,00, quale rimborso per le rate del modem già versate (dovendo l’istante ancora versare, alla data del presente provvedimento, circa tre rate). L’istante, infatti, ha sempre pagato regolarmente le fatture, comprensive anche delle rate del modem ora oggetto di contestazione e non ha dimostrato di aver preso provvedimenti tempestivi per contestare tale addebito. Si precisa, agli atti non vi sono reclami presentati dall’istante e aventi ad oggetto l’ingiusto addebito della rata del modem. Pertanto, considerata da un lato l’assenza di pattuizione contrattuale che giustifichi l’addebito (o comunque, non avendo sul punto le parti assolto il rispettivo onere probatorio) e, in considerazione del comportamento dell’istante sig. XXX che ha usufruito e continua ad usufruire del modem, si ritiene necessario adottare una pronuncia in applicazione del principio di equità (la valutazione equitativa costituisce uno dei parametri indicati nelle due raccomandazioni comunitarie sulla risoluzione non giurisdizionale delle controversie, n. 258/1998 e n. 310/2001, mentre il Regolamento in materia di indennizzi fa esplicito riferimento all’equità come criterio di giudizio). In tal senso si è espresso anche CO.RE.COM. Molise con delibera n. 32 del 24.06.2024. L’applicazione di tale principio si rinviene in orientamento ormai consolidato, pienamente applicabile al caso di specie, secondo cui “In caso di assoluta divergenza tra le posizioni delle parti e in mancanza di prove certe ed incontrovertibili a sostegno dell’assunto dell’una o dell’altra parte, l’Autorità può decidere nel merito secondo equità” (cfr. CO.RE.COM. Calabria, delibera n. 41/11). Tutte le ulteriori richieste di parte istante non possono trovare accoglimento, pertanto, sono da intendersi rigettate.

DETERMINA

- TIM SpA (Telecom Italia, Kena mobile), in accoglimento dell’istanza del 20/02/2024, è tenuta a Per tutte le ragioni innanzi esposte si accoglie parzialmente l’istanza proposta dal sig. XXX. Pertanto, la Telecom Italia s.p.a. è tenuta a corrispondere al sig. XXX, a titolo di rimborso per le rate del modem già dallo stesso versate, l’importo di € 100,00. Tutte le ulteriori richieste del sig. XXX oggetto del presente procedimento si intendono rigettate.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell’articolo 30, comma 12, del Codice.

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
Vincenza Vassallo