

DELIBERA N. 2/11/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
██████/TELECOM ITALIA ██████

IL CORECOM LAZIO

Nella Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità. "Corecom Lazio") del 9/2/2011

VISTA 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*";

VISTA 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'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n. 14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori;

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19 recante " *Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni*" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'art. 84 del decreto legislativo del 1 agosto 2003 n. 259 recante " *Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito per brevità "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1 gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, il "Regolamento");

VISTA l'istanza pervenuta in data 30 marzo 2010, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/214/2010, con cui il sig. ██████ ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia in essere con la società Telecom Italia spa (di seguito, per brevità, "Telecom");

VISTA la nota del 7 aprile 2010, perfezionatasi nell'invio il 19 aprile 2010, con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio del procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 19 maggio 2010 con la quale Telecom ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

VISTA la nota del 28 maggio 2010 con la quale il sig. ██████ ha presentato la memoria di replica;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento

Il sig. ██████, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso, rappresentando quanto segue:

1) l'istante è titolare di una utenza telefonica TIM ricaricabile n. ██████ sulla quale è attiva la promozione autoricarica entrante di Euro 1,80 ogni venti minuti di traffico ricevuto da altri operatori mobili per un totale di Euro 36 mensili di bonus di traffico;

2) in data 11 dicembre 2008, veniva addebitato dalla TIM il costo di una telefonata voce di un'ora 29 minuti e 50 secondi verso un numero Vodafone (intestato all'utente ed in uso alla sorella) per complessivi Euro 26,18. Tale telefonata, sostiene l'istante, non sarebbe mai stata effettuata e, in ogni caso, essendo in quel momento disponibile il bundle di 500 minuti voce mensile promozionali a tariffa di 5 centesimi di Euro al minuto, la sua tariffazione avrebbe dovuto essere di 5 centesimi di Euro al minuto e quindi l'addebito avrebbe dovuto essere non superiore ad Euro 4,50;

3) i reclami telefonici e scritti dell'utente (a mezzo fax del 15 dicembre 2008, 8 gennaio 2009 e 3 febbraio 2009) rimanevano privi di motivato riscontro;

4) con l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente chiedeva pertanto: 1) il rimborso di Euro 26,18 addebitato a fronte della telefonata non effettuata; 2) un indennizzo di Euro 5,16 pro die dal 15 dicembre 2008 sino al pagamento, per la mancata risposta ai reclami; 3) gli interessi legali sulle dette somme; 4) un rimborso di Euro 100,00 per le spese di procedura;

5) all'udienza per il tentativo di conciliazione del 17 novembre 2009, l'istante aggiornava le domande, chiedendo il rimborso di Euro 26,18, un indennizzo di Euro 1.486,08, pari ad Euro 5,16 die dal 29 gennaio 2009, per la mancata risposta ai reclami, Euro 80,00 forfettari per interessi legali, Euro 100 per spese di procedura, dichiarandosi tuttavia disponibile a definire la controversia con il riconoscimento da parte di TIM di una somma onnicomprensiva di Euro 1.200,00. All'udienza, per spirito conciliativo, TIM offriva all'istante il rimborso della somma di Euro 20,00 ed un indennizzo di Euro 180,00. L'istante non accettava la proposta ed il tentativo di conciliazione si concludeva quindi con esito negativo;

6) con l'istanza di definizione, l'utente ha quindi reiterato le domande di: 1) rimborso di Euro 26,18; 2) indennizzo per la mancata risposta ai reclami pari ad Euro 5,16 al giorno, senza applicazione di limiti massimi, dal 29 gennaio 2009 (45° giorno successivo al primo reclamo del 15 dicembre 2008) sino all'effettivo pagamento; 3) un rimborso per le spese della procedura di Euro 200,00; 4) gli interessi legali sulle predette somme;

7) con memoria del 19 maggio 2010, Telecom contestava le domande dell'istante, affermando che "dai sistemi informatici Telecom soggetti a controllo AGCOM emerge che il sig. ██████ ha effettuato la chiamata oggetto di contestazione". Ribadiva quindi la

legittimità del proprio operato, affermava che le risposte ai reclami dell'utente erano state effettuate solo per via telefonica e deduceva l'infondatezza delle pretese risarcitorie dell'istante, chiedendone il rigetto.

8) con memoria di replica del 28 maggio 2010, oltre ad eccezioni preliminari sul rito, l'istante così aggiornava le domande: 1) un indennizzo per la mancata risposta ai reclami di Euro 2.502,60, oltre Euro 5,16 al giorno fino alla data del pagamento o, in subordine, fino alla data di pubblicazione della delibera; 2) un rimborso di Euro 26,18 per l'addebito del costo di una telefonata non effettuata; 4) il rimborso di Euro 300,00 per costi vivi e spese di gestione complessiva della procedura. Il tutto oltre interessi legali.

2. Motivi della decisione

2.a. Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Infondata è invece l'eccezione sollevata dall'utente di inammissibilità della memoria e della produzione documentale dell'operatore, perchè pervenuta all'utente il giorno successivo alla scadenza del termine assegnato dal Corecom. La memoria ed i documenti dell'operatore sono infatti stati presentati al Corecom tempestivamente a mezzo fax il 19 maggio 2010 e sono stati inviati all'utente contestualmente in data 19 maggio 2010 a mezzo del servizio postale, come dimostrato dall'utente medesimo. Il giorno di ricezione da parte dell'utente rileva unicamente ai fini del calcolo del decorso del termine di 10 giorni assegnato per la presentazione di eventuali repliche. L'invio della memoria alla controparte a mezzo del servizio postale anzichè per via telematica o a mezzo fax non è poi causa di inammissibilità, sempre che venga rispettato il termine assegnato per la presentazione, essendo le forme di invio telematico o per fax previste unicamente per rendere la procedura più spedita e meno gravosa per le parti.

Infondata è infine l'eccezione dell'istante di un presunto maggior termine di cui, secondo l'utente, avrebbe goduto l'operatore per *“una assai generosa ed elastica largheggiante interpretazione dei termini procedurali comunicata da codesto stesso ufficio definizioni del Corecom Lazio in data 11 maggio 2010che ha infatti omnicomprensivamente ritenuto scadere al 19 maggio 2010 per tutti i sette contenziosi gu14 nn. dal d.213 al d.219.10...”* (pag. 3 della memoria 28 maggio 2010).

L'integrale trasmissione dei corposi ricorsi dell'utente e dei suoi allegati si è perfezionata nei confronti dell'operatore, infatti, solo in data 19 aprile 2010, come da comunicazione inoltrata all'utente. Il termine per la presentazione delle memorie scadeva pertanto il 19 maggio 2010.

2.b. Nel merito

2.b.1. Sul traffico contestato

E' pacifica l'esistenza del contratto di utenza telefonica prepagata tra il sig. [REDACTED] e la TIM, con numerazione [REDACTED]. E' altresì pacifica l'attivazione su tale utenza della tariffa “5 cent/minuto verso tutti per 12 mesi con scatto alla risposta” e dell'offerta “Silenti Autoricarica entrante” per il traffico ricevuto da numeri di altri gestori.

Oggetto della controversia è l'addebito di Euro 26,18 effettuato da TIM in data 11 dicembre 2008 a fronte di una telefonata verso un numero Vodafone della durata di un'ora 29 minuti e 50 secondi.

L'utente deduce l'illegittimità di tale addebito affermando che la telefonata in questione non è mai stata effettuata e che, comunque, in base alla tariffa promozionale vigente, l'importo massimo sarebbe stato di Euro 4,50. Chiede pertanto il rimborso dell'importo illegittimamente addebitato.

La domanda dell'utente è fondata per le seguenti motivazioni.

In via preliminare giova rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ("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"), nonché l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 13533 del 30 ottobre 2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva 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) secondo la quale il creditore che agisca 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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.

Specificamente, poi, in caso di contestazione della bolletta telefonica, la giurisprudenza ha affermato che l'operatore ha l'onere di fornire la dimostrazione della corrispondenza delle registrazioni in essa riportate a quelle del contatore centrale, avvalendosi di qualsiasi mezzo, come i tabulati e le rilevazioni fotografiche mensili del contatore medesimo (Cass. 28 maggio 2004 n. 10313 e Cass. 2 dicembre 2002 n.17041)

In base ai principi esposti, a fronte della contestazione dell'utente del traffico fatturato, incombeva dunque all'operatore l'onere di fornire la prova della debenza degli importi addebitati, e di provare l'esattezza dei dati posti alla base della fattura. L'operatore inoltre nella gestione del reclamo sul traffico inviato dall'utente avrebbe dovuto fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme fatturate nonché documentare le proprie affermazioni.

Nella fattispecie, l'operatore non ha fornito alcun utile elemento probatorio a sostegno della pretesa legittimità dell'addebito effettuato, limitandosi a dichiarare nella memoria che "dai sistemi informatici Telecom soggetti a controllo AGCOM emerge che il sig. ██████ ha effettuato la chiamata oggetto di contestazione".

Non produce, seppure espressamente richiesto con la lettera di avvio del procedimento, il traffico voce dell'11 dicembre 2008, dichiarando non più disponibili sui sistemi i dati di traffico di quel giorno, nè il prospetto relativo all'entità ed ammontare del bonus di credito e di traffico esistenti alla data del 10 e del 11 dicembre 2008, nè il prospetto di ricalcolo dei costi addebitabili sul traffico contestato secondo il profilo tariffario 5 Euro cent al minuto, dichiarando non più presente in archivio informatico il supporto relativo al traffico.

Da sottolineare peraltro che l'istante ha immediatamente contestato all'operatore il traffico voce dell'11 dicembre 2008 verso il numero Vodafone (fax del 15 dicembre 2008): ben

avrebbe potuto quindi l'operatore, sin da allora, fornire all'utente le dovute spiegazioni e documentare le proprie affermazioni, anche in vista di un probabile contenzioso.

In mancanza di qualsivoglia riscontro probatorio in ordine alla fondatezza della pretesa creditoria, pertanto, deve ritenersi illegittimo l'addebito effettuato a fronte di un traffico voce non adeguatamente provato nella sua effettività e la domanda di rimborso deve essere accolta nella sua interezza, non rilevando a questo punto la diversa questione della tariffazione non conforme al piano tariffario all'epoca in essere sull'utenza.

2.b.2. Sulla gestione dei reclami

Preliminarmente, si evidenzia l'infondatezza dell'eccezione svolta dall'operatore in ordine alla natura risarcitoria delle domande dell'utente, con conseguente domanda di rigetto delle stesse, risultando chiaramente ed espressamente richiesti dall'utente, in tutti i corposi scritti difensivi, i soli indennizzi previsti dalla normativa vigente, in ordine ai quali competente a pronunciarsi è l'Autorità adita.

Ciò premesso, l'istante ha presentato tre formali reclami scritti all'operatore, il 15 dicembre 2008, il 9 gennaio 2009 e il 2 febbraio 2009.

In considerazione del fatto che i reclami inviati dall'utente sono da considerarsi strettamente connessi tra loro, anche in ragione del loro oggetto e delle richieste sostanzialmente identiche e consequenziali che l'utente ha ivi svolto, appare corretto interpretare i reclami stessi come unico reclamo, a far data dal primo inoltrato il 15 dicembre 2008, che seppure contestato dall'operatore è stato da quest'ultimo ricevuto, come provato dal rapporto di trasmissione prodotto dall'utente. L'operatore stesso ammette anche di non aver mai fornito alcun riscontro scritto ai reclami, ma solo telefonici, questi ultimi invece contestati dall'utente.

Si deve a questo punto rammentare che in qualsiasi momento del rapporto contrattuale se un utente decide di rivolgersi all'operatore tramite reclamo per richiedere precisi e dettagliati chiarimenti sul suo singolo caso, la pratica va gestita secondo la normale procedura.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche dell'articolo "Gestione Reclami" della Carta Servizi), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto, come è da ritenersi quello qui in esame.

Ne consegue, in primo luogo, che non rileva il fatto – tra l'altro contestato – che il gestore abbia affermato di aver contattato telefonicamente l'utente a fronte dei reclami: ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto 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.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta ai reclami inviati, da cui è derivata per l'utente una *mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*,

fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Quanto alla misura dell'indennizzo, si devono ribadire due principi fondamentali:

- in conformità all'odierno orientamento dell'Autorità, si ritiene che il computo della misura dell'indennizzo possa prescindere dal limite previsto dalla Carta Servizi, laddove la relativa applicazione violi, in termini di adeguatezza, il principio di proporzionalità, quale corrispondenza dell'indennizzo erogato al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, come la qualità e la quantità del servizio, il valore del canone corrisposto, la durata del disservizio, la natura del soggetto – utente (persona fisica-persona giuridica) che ha subito il pregiudizio;

- nella determinazione della misura dell'indennizzo non si può prescindere dalla valutazione complessiva della fattispecie e dalle ripercussioni che, secondo un criterio di ragionevolezza, sono derivate dal difetto di interlocuzione, dovendosi impedire che da tale incomunicabilità con l'operatore – certamente imputabile a quest'ultimo in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate.

In questo senso va peraltro il nuovo Regolamento in materia di indennizzi applicabili nei rapporti tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche e di televisione a pagamento, varato dal Consiglio dell'Autorità, che – vertendo intorno a fatti accaduti in epoca anteriore – è certamente non applicabile al caso di specie ma che comunque ha il merito di affrontare il tema di un'adeguata diversificazione degli importi da riconoscere a titolo di indennizzo a seconda della gravità dell'inadempimento contrattuale riscontrato.

Venendo al caso in esame, si valutano i seguenti elementi: a) tipo di contratto (utenza prepagata); b) tipologia dell'inadempimento, che non inficia la prestazione principale dell'accordo, dato che l'utente, nell'attesa, continua ad utilizzare i servizi acquistati; c) esiguità del valore della controversia; d) lasso di tempo trascorso dal reclamo; e) parametro delle Condizioni Generali Abbonamento e della Carta dei Servizi TIM e massimale ivi indicato; e) reiterazione del reclamo da parte dell'utente; f) condotta omissiva dell'operatore in relazione ai reclami avanzati dall'utente; g) pluralità di controversie con l'operatore (sette contenziosi GU14, come dichiarato dall'utente a pag. 3 della memoria del 28 maggio 2009).

Valutati tutti gli elementi appena esposti, e rammentando che l'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche fa espresso riferimento all'equità nell'immaginare il sistema degli indennizzi, si ritiene che nella fattispecie sia equo e proporzionale liquidare l'indennizzo di Euro 150,00 per la mancata gestione del reclamo inviato e successivamente reiterato dall'utente.

2.c. Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 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 di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, la disponibilità transattiva manifestata dall'operatore all'udienza di conciliazione, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 50,00 (cinquanta) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione.

*** **

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda del sig. ██████ sia da accogliere;

RITENUTO inoltre che, quanto alle spese di procedura, alla luce dei criteri generalmente seguiti da questa Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 50,00 (cinquanta), quale rimborso forfetario delle spese sostenute per presenziare all'udienza per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dal sig. ██████ in data 30 marzo 2010.

La società Telecom Italia è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- a) Euro 28,16 a titolo di rimborso del costo del traffico contestato, oltre interessi legali dalla data dell'avvenuto addebito;
- b) Euro 150,00 quale indennizzo per la mancata risposta ai reclami, oltre interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- c) Euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03 CSP.

Ai sensi dell'art.19, comma 3, della delibera n. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.

La società è tenuta altresì a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom.

Roma 9 febbraio 2011

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Ines Dominici

Fto