

ATTI 1.21.1. 2010/557

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 26

del 5 giugno 2012

Sono presenti i componenti del Comitato:

| | | |
|--------------------|-------------|-----------------|
| MINOLI ROTA | Fabio | Presidente |
| CAVALLIN | Mario | Vice Presidente |
| CIPRIANO | Marco Luigi | Vice Presidente |
| BORELLA | Diego | |
| GUSSONI | Maurizio | |
| VOLPE | Marcella | |
| ZANELLA | Federica | |

Oggetto: Definizione della controversia XXX/Telecom Italia XXX

La struttura proponente:

Il Dirigente Ufficio per il Corecom

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’art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

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*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, e in particolare l’art. 84;

VISTA la legge della Regione Lombardia 28 ottobre 2003, n. 20, “*Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*”;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 5 del 28 ottobre 2004 “*Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*”;

VISTA la deliberazione n. 173/07/CONS, recante il “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*” (d’ora in avanti *Regolamento*);

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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A “*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*”;

VISTA l’istanza presentata in data 2 dicembre 2010, la sig.ra XXX ha chiesto l’intervento del Co.Re.Com. della Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società Telecom Italia XXX., avente ad oggetto contestazioni relative a servizi di rete mobile, ai sensi degli artt. 14 e ss. del *Regolamento*;

VISTE le note del 23 dicembre 2010 e del 27 gennaio 2011, con le quali il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del *Regolamento*, l’avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e ha invitato le parti stesse a presentarsi all’udienza per la discussione della stessa in data 28 febbraio 2011;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 28 febbraio 2011;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

VISTA la proposta di decisione del dirigente dell’Ufficio ai sensi dell’art. 19 del *Regolamento*;

UDITA l’illustrazione del Presidente Fabio Minoli nella seduta del 5 giugno 2012;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia

La sig. XXX, titolare dell'utenza mobile n. XXX, nell'avviare la procedura di risoluzione della controversia in essere con Telecom Italia, avente ad oggetto contestazioni relative a servizi di rete mobile, ha rappresentato quanto segue:

- a partire dal 28 maggio 2009 Tim attivava arbitrariamente sull'utenza XXX l'opzione *Alice Week 7 giorni*, relativa al traffico dati e del costo di €2,00 al mese, e l'opzione *Mms = sms*, relativa al servizio di sms, del costo di €1,00, opzioni mai richieste dall'utente e soggette a rinnovo automatico;
- per ragioni di incompatibilità tecnica tra diverse opzioni attivabili sulle utenze mobili, tale circostanza determinava per la sig. XXX l'impossibilità di attivare in tempo utile l'opzione *Maxxi Alice Milleuna Tim Wap Tre mesi* (che, grazie a una promozione in atto, garantiva fino a un massimo di 400 MB di navigazione gratuita *Wap Off Portal* per tre mesi), cui l'istante era interessata e cui avrebbe avuto diritto quale premio per i punti (c.d. *lune*) accumulati mediante l'utilizzo del telefono cellulare;
- per questo motivo l'istante presentava 4 reclami scritti alla Tim (in data 1, 3, 5 e 6 giugno 2009), chiedendo l'immediata disattivazione dei servizi non richiesti, l'accredito dei €3,00 addebitati sull'utenza per costi di attivazione dei predetti servizi e un equo indennizzo di € 5,16 al giorno, da computarsi a partire dal 28 maggio 2009 sino alla data dell'effettiva disattivazione delle due opzioni non volute;
- in riscontro al reclamo del 3 giugno 2009, Tim, in data 5 giugno 2009, comunicava di avere disattivato le offerte *Alice Week* e *Mms=Sms* già dal 2 giugno 2009 e di avere effettuato nella stessa data l'accredito di un *bonus* traffico sull'utenza n. XXX pari a €3,00, quale rimborso dei costi di attivazione; rigettava, tuttavia, la richiesta di indennizzo. La risposta di Tim veniva contestata dalla sig.ra XXX nel reclamo del 6 giugno;
- in data 29 gennaio 2010 la sig. XXX presentava istanza di conciliazione (nostro prot. del 3/02/2010, n. 408/2010) presso questo Corecom, a seguito della quale veniva esperito, infruttuosamente, il tentativo obbligatorio di conciliazione in data 3 giugno 2010.

Nell'istanza di definizione della controversia del 2 dicembre 2010 e nelle due memorie presentate in data 26 gennaio 2011 e 8 febbraio 2011, la sig. XXX formula le seguenti richieste: a) un indennizzo di €3.616,80 per l'indebita attivazione di servizi mai richiesti (indennizzo calcolato moltiplicando il parametro di €5,16 *pro die*, di cui alla Carta dei Servizi Telecom, per tutto il periodo compreso tra il 28 maggio 2009 e il 28 aprile 2011, data, quest'ultima corrispondente alla scadenza dei 150 gg. decorrenti dalla data di presentazione dell'istanza e previsti come termine per la conclusione del procedimento dal *Regolamento*); b) un indennizzo di €5,16 *pro die* per la mancata risposta esaustiva ai reclami, da computare per il periodo compreso tra il 22 luglio 2009 (ossia il 46° giorno successivo alla presentazione dell'ultimo reclamo) sino al 28 aprile 2011 (indicato come *dies ad quem* per il motivo di cui al punto precedente) per complessivi €3.431,40; c) un indennizzo di € 5,16 *pro die* per l'impossibilità di attivare un servizio voluto e un indennizzo di €5,16 per mancata risposta al reclamo diretto specificamente a rilevare tale disagio subito dall'istante, entrambi a decorrere dal 29 aprile 2009 sino alla data di effettiva risoluzione dell'inadempimento reclamato e "di integrale effettivo pagamento di tutti gli indennizzi dovuti"; d) il rimborso di € 400,00 di spese di procedura, oltre a € 150,00 di "interessi legali forfettariamente determinati su tutte le somme a credito dell'istante".

In data 8 febbraio 2011 Telecom inviava propria memoria nella quale precisava di avere inviato (con mail del 5 giugno 2009, prodotta dalla stessa parte istante) comunicazione dell'avvenuta disattivazione dei due servizi non richiesti - a seguito della quale la sig.ra XXX ben avrebbe potuto attivare l'opzione desiderata *Maxxi Alice Milleuna Tim Wap Tre mesi* - e di avere provveduto ad accreditare sull'utenza n. xxx i costi di attivazione dei predetti servizi (€3,00).

Telecom chiedeva pertanto il rigetto di tutte le richieste di indennizzo e di rimborso delle spese di procedura avanzate dall'istante.

In data 28 febbraio 2011 si svolgeva l'udienza di discussione, durante la quale le parti confermavano le rispettive posizioni, invitando il Corecom a definire la controversia.

Valutazioni in ordine al caso in esame e motivi della decisione

La controversia in definizione si incentra su due contestazioni mosse dall'istante: 1) l'attivazione di servizi non richiesti, con la conseguente impossibilità di accedere ad una promozione desiderata; 2) la mancata risposta esaustiva ai reclami scritti inviati dall'istante in data 1, 3, 5 e 6 giugno 2009.

1) In ordine alla prima contestazione, è principio acquisito (ricavato da quanto previsto dalle Delibere Agcom) che gli operatori devono tenere indenni gli utenti dalle conseguenze economiche e pregiudizievoli delle attivazioni di servizi non richiesti. Pertanto, in caso di contestazione, ove l'operatore non sia in grado di dimostrare, nelle dovute forme, la ricezione di una richiesta dell'utente ovvero le eventuali problematiche tecniche – non imputabili all'operatore stesso – che hanno determinato l'attivazione contestata, l'utente ha diritto allo storno delle fatture emesse nonché ad un indennizzo per ogni giorno di disservizio, da calcolare dal giorno dell'attivazione non richiesta sino al ripristino della precedente configurazione.

Nel caso in esame, risulta senza dubbio pacifica, in quanto ammessa dallo stesso gestore, l'attivazione delle offerte *Alice Week* e *Mms=Sms* sull'utenza n. XXX, attivazione non voluta né mai richiesta dalla sig.ra XXX. Parimenti pacifiche risultano, peraltro, le circostanze dell'avvenuta restituzione dei costi di attivazione di tali offerte, per complessivi € 3,00 (circostanza non contestata dall'istante), nonché del blocco del rinnovo automatico delle medesime offerte da parte gestore, a seguito dei reclami inoltrati dall'istante (come confermato dalla stessa sig.ra XXX nella propria istanza di definizione).

Dunque, se per effetto dell'indebita attivazione di servizi l'utente ha subito dei costi, questi sono stati immediatamente rimborsati al medesimo e non sono stati più addebitati.

Assodato quanto sopra, risulta tuttavia ancora in contestazione la conseguenza pregiudizievole che la sig.ra XXX asserisce di avere subito per effetto dei servizi non voluti, conseguenza consistita nella perdita della possibilità di beneficiare del premio di 400 MB di traffico Wap gratuito per tre mesi, cui l'istante avrebbe avuto diritto in base alle regole della raccolta punti *Milleuna Tim*.

A questo riguardo occorre precisare che Telecom, nella propria memoria, si è limitata a contestare la veridicità di quanto affermato dalla parte istante, senza tuttavia fornire alcun elemento atto a dimostrare che l'opzione *Maxxi Alice Milleuna Tim Wap Tre mesi* fosse effettivamente fruibile (o fruita) dalla sig. XXX.

Ora, atteso che, in base a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione (Cass., sez. Un., sent. 30 ottobre 2001, n. 13533), in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, *“il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento”* (e ciò anche nel caso *“in cui sia dedotto l'inesatto adempimento dell'obbligazione, posto che al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento ... gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento”*), nel caso di specie, risulta provata dai documenti allegati dall'istante la sussistenza del rapporto obbligatorio tra la sig. XXX e Telecom (circostanza del resto non contestata da controparte), comprensivo degli obblighi reciproci tra le parti, derivanti dal riconoscimento di premi per effetto dell'accumulo di punti. Va precisato, per inciso (e in tal senso si è già espresso questo Corecom con la Deliberazione n. 10/2011), che, se è vero che la funzione economico-sociale del contratto telefonico consiste nello scambio tra un servizio di comunicazione interpersonale e un corrispettivo, e non

nell'assicurazione dei premi per effetto dell'utilizzo del servizio (come anche ricordato dall'Agcom nella Delibera n. 69/09/CIR), è anche vero che la possibilità per l'utente di accedere a promozioni o servizi gratuiti grazie ad un sistema di raccolta punti rappresenta un'opzione integrante il rapporto contrattuale perché in grado di incidere sull'obbligazione gravante sull'utente stesso, ossia, nel caso di specie, sul corrispettivo per il servizio Wap (offerto gratuitamente per 3 mesi), e tale da indurlo ad aderire all'offerta commerciale comprensiva di questa opzione, in quanto ritenuta preferibile ad altre.

Assodato, dunque, che tra Telecom e la sig. XXX sussiste un rapporto contrattuale di cui la possibilità di accedere all'opzione gratuita *Maxxi Alice Milleuna Tim Wap Tre mesi* costituisce parte integrante, resta da verificare la correttezza dell'adempimento da parte dell'operatore ovvero, nel caso di specie, il fatto di avere garantito all'utente la piena fruibilità della suddetta opzione gratuita, eliminando gli ostacoli tecnici alla medesima.

Al riguardo, va osservato che Telecom non ha prodotto alcun elemento idoneo a provare tale circostanza, limitandosi a contestare semplicemente le asserzioni della sig.ra XXX.

Non risultando dunque provata l'eliminazione del pregiudizio recato all'istante attraverso l'indebita attivazione delle opzioni *Alice Week* e *Mms=Sms* sull'utenza n. XXX e consistito nella perdita del diritto di usufruire gratuitamente per tre mesi della navigazione Wap, ne deriva la fondatezza della pretesa dell'utente e di conseguenza del diritto del medesimo a un equo indennizzo.

Per la quantificazione di tale indennizzo, esulando il caso di specie sia dalle ipotesi tipizzate nel c.d. Regolamento indennizzi (peraltro entrato in vigore successivamente ai fatti oggetto della controversia in esame, e dunque non applicabile alla controversia in esame), sia da quelle previste dalla Carta dei servizi di Telecom Italia, si ritiene equo richiamare il parametro indennizzatorio c.d. ordinario adottato da Agcom e da altri Corecom delegati per casi analoghi e pari a 5,16 € *pro die*, moltiplicandolo per i tre mesi (90 gg) di mancata fruizione del servizio gratuito di navigazione WAP, per un totale di €464,40.

2) Quanto al secondo ordine di contestazioni, relativo alla mancata risposta ai reclami inoltrati dall'istante, per la valutazione della condotta di Telecom Italia e, conseguentemente, della richiesta di indennizzo formulata dall'utente, è opportuno richiamare i principi che regolano i rapporti tra operatori e utenti nella materia dei reclami. Come più volte ribadito dalla stessa Autorità, in base alla Delibera 179/03/CSP (art. 8, commi 1 e 4, e 11, comma 2) qualora l'utente rivolga un reclamo al gestore, la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 gg. dal ricevimento della segnalazione. In caso di rigetto, all'onere di un'adeguata e precisa motivazione (corredata pure dell'indicazione degli accertamenti compiuti), si aggiunge quello della forma scritta, e ciò al fine di soddisfare l'esigenza di dare all'utente in riscontro chiaro, esaustivo ed univoco e agevolmente dimostrabile idoneo 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 (si vedano, tra le tante, le Delibere Agcom n. 19/10/CIR, 24/10/CIR, 25/10/CIR, 65/10/CIR)

Nel caso in esame, dalla documentazione agli atti è possibile evincere che in data 5 giugno 2009 Telecom ha comunicato per iscritto all'utente di avere disattivato le offerte *Alice Week* e *Mms=Sms* già dal 2 giugno 2009 e di avere effettuato nella stessa data l'accredito di un *bonus* traffico sull'utenza n. XXX pari a €3,00, quale rimborso dei costi di attivazione. Nella stessa comunicazione Telecom ha dichiarato di non potere accogliere la richiesta di indennizzo formulata dalla sig.ra XXX, senza offrire peraltro alcuna motivazione a tale diniego.

Dall'istruttoria condotta emerge altresì che non sono seguite risposte di Telecom all'ulteriore contestazione dell'istante, inoltrata il 6 giugno 2009, in cui la medesima segnalava l'impossibilità di accedere al premio di *Milleuna Tim*.

Dunque, con riguardo ai reclami inviati dalla Sig. XXX, si può affermare che Telecom abbia solo in parte conformato la propria condotta ai principi poco sopra richiamati - e sanciti dalla stessa

Carta dei Servizi (laddove questa precisa che Telecom si impegna a fornire riscontro ai reclami entro 30 giorni solari dalla ricezione dei medesimi) - , risultando invero inadempiente con riguardo alla contestazione relativa alla preclusa fruibilità del servizio WAP gratuito per tre mesi. Ne consegue che la condotta omissiva di Telecom, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo da mancata risposta, che, in base a quanto indicato dalla Carta dei Servizi di TIM, dovrà corrispondere all'importo di €5,16 per ogni 5 giorni lavorativi di ritardo. Posto che il ritardo complessivo, computato a partire dal trentesimo giorno successivo alla presentazione del reclamo – dunque dal 6 luglio 2010 – fino alla data dell'udienza di conciliazione, ossia il 28 aprile 2011, corrisponde a 207 gg. lavorativi, e posto altresì che, come più volte ribadito dall'Autorità, la misura dell'indennizzo deve conformarsi al principio di proporzionalità, inteso in termini di adeguatezza rispetto al pregiudizio subito, si ritiene che, nel caso in esame, l'indennizzo debba prescindere dal massimale previsto dalla Carta dei Servizi, per essere calcolato sul totale effettivo dei giorni lavorativi di ritardo, per un totale di €213,62.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

RITENUTO che l'istante abbia diritto al rimborso delle spese sostenute per la procedura, equitativamente quantificabili in euro 50,00;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

La società Telecom Italia XXX è tenuta, a favore della sig.a XXX, a:

1. corrispondere la somma di €213,62, quale indennizzo per mancata risposta ai reclami inoltrati dall'utente (somma calcolata moltiplicando €5,16 per ogni 5 gg. dei 207 giorni lavorativi compresi tra il 6 luglio 2010 e il 28 aprile 2011);
2. corrispondere la somma di €464,40 quale indennizzo per la mancata fruizione del bonus *Maxxi Alice Milleuna Tim Wap Tre mesi* conseguente all'indebita attivazione di servizi non richiesti dall'utente;
3. liquidare la somma di €50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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

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

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 69/2009.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

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

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Presidente Corecom
Fabio Minoli

Il Dirigente Ufficio per il Corecom
Mauro Bernardis