

DELIBERA DL168/15/CRL/UD del 9 ottobre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx CARMENI/TELECOM ITALIA xxx

(LAZIO/D/890/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 9 ottobre 2015;

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 del 1 agosto 2003 n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

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 del 16/12/2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, recante “ *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito, “*Regolamento*”;

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011, recante “ *Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”;

VISTA l’istanza dell’utente sig. xxx Carmeni presentata in data 10.11.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

L’istante ha lamentato - nei confronti dell’operatore Telecom – il malfunzionamento totale, per ripetute cadute di linea dopo pochi secondi di connessione, dei servizi principali ed accessori attestati sull’utenza mobile ricaricabile n. xxxxxxx973, dal giorno successivo alla sua attivazione (24.6.2013) alla data di mnp in Vodafone del 15.10.2014, disservizio perdurato anche successivamente alla sostituzione della sim richiesta dall’utente ed effettuata da Telecom il 24.2.2014; nonché la mancata risposta ai numerosi (circa 20) reclami inoltrati aventi ad oggetto 4 distinte problematiche (malfunzionamento servizi voce, internet e sms; malfunzionamento servizi accessori mms, videotelefonìa, segreteria telefonica, trasferimento di chiamata, ivr telefonici; malfunzionamento servizi accessori i-box, alicè mail, messenger, icloud; malfunzionamento servizio serie A Tim). L’utente specificava che il lamentato malfunzionamento si verificava in varie

zone d'Italia pur coperte da pieno segnale di rete e piena copertura Tim in 3g e 2g, nonché di aver ricevuto risposta non esaustiva ai propri reclami; depositava copia dei tabulati di traffico relativi al periodo del lamentato disservizio e copia di tutti i reclami scritti inoltrati, indicando altresì quelli inoltrati telefonicamente via call center.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva il pagamento dei seguenti indennizzi, ai sensi dell'allegato A alla Delibera 73/11/CONS, da liquidarsi per il periodo 25.6.2013 – 14.10.2014:

- per il mancato funzionamento del servizio voce, per € 5/die;
- per il mancato funzionamento del servizio internet, per € 5/die;
- per il mancato funzionamento di ciascuno dei servizi accessori gratuiti sopra indicati, per € 1/die ovvero per forfettari € 100,00;
- per la mancata risposta ai 4 distinti gruppi di reclami, per € 5,16 come stabilito dal contratto e senza il limite temporale ivi previsto.

Il tutto per complessivi € 7.000,00, oltre alle spese di procedura richieste in € 250,00, poi elevate ad € 300,00 in sede di memoria di replica.

2. La posizione dell'operatore Telecom.

L'operatore in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza per: a) violazione della Delibera 276/13/CONS punti III.3.2. e III.5.4; b) violazione della Delibera 173/07/CONS art. 16.2bis; c) natura risarcitoria delle domande.

Nel merito ha dedotto che dalle verifiche tecniche e dai controlli di rete effettuati non aveva riscontrato i malfunzionamenti dedotti dall'utente. Deduceva inoltre di avere gestito tutti i reclami dell'utente e, anche se infondati:

- aveva riaccredito sulla sim € 3,00 già addebitati per traffico wap contestato dall'utente (reclamo del 25.6.2013);
- aveva accreditato sulla sim – in data 6.2.2014 - € 98,00 a titolo di indennizzo da ritardata risposta sul reclamo del 7.9.2013 e successivi solleciti per malfunzionamento del servizio; l'accredito sotto forma di bonus di traffico anziché in contanti era conforme alla Carta Servizi; il reclamo era stato poi gestito con risposta scritta del 24.2.2014;
- aveva gestito i reclami scritti del 3.7.2013 e 23.9.2013, aventi ad oggetto il dedotto malfunzionamento, con risposte telefoniche e con risposta scritta del 11.10.2013 che l'utente ha contestato di avere mai ricevuto;
- aveva gestito il reclamo del 13.2.2014 accordando all'utente la sostituzione della sim dallo stesso richiesta; sostituzione che avveniva gratuitamente il 24.2.2014;
- a seguito di reclamo del 14.3.2014, Telecom aveva tentato di mettersi in contatto telefonico con l'utente che, tuttavia, non rispondeva alla chiamata; inviava pertanto all'utente una raccomandata a.r. in data 15.4.2014 con la quale lo invitava a contattare il servizio clienti, ma l'utente non dava seguito all'invito.

Ritenute pertanto infondate le doglianze dell'utente, Telecom concludeva per la declaratoria di inammissibilità dell'istanza ovvero per il suo rigetto nel merito.

3. La replica dell'utente.

L'utente ha tempestivamente replicato a quanto dedotto da Telecom, deducendo di non avere violato la Delibera 276/13/CONS punti III.3.2. e III.5.4, né la Delibera 173/07/CONS art. 16.2bis, né di avere proposto domande risarcitorie; contestava di avere ricevuto la risposta del 11.10.2013 ai precedenti reclami, mentre confermava la ricezione delle risposte del 24.2.2014, 15.4.2014 nonché di ulteriore risposta del 4.2.2014; contestava comunque che le predette risposte potessero ritenersi esaustive ed adeguatamente motivate in relazione al disservizio lamentato, ed insisteva nelle proprie domande.

4. Motivazione della decisione.

In via preliminare, si rigettano le eccezioni preliminari sollevate dall'operatore perché infondate.

Non sussiste infatti la violazione della Delibera 276/13/CONS punto III.3.2. e conseguente III.5.4, in quanto l'istanza di definizione, seppure inoltrata senza l'apposito formulario, consta di n. 5 pagine, in cui sono distintamente riportati l'oggetto della controversia, la descrizione dei fatti e le richieste in sede definitiva e risponde quindi ai requisiti richiesti dalla Delibera; né il principio di sinteticità degli atti appare violato per effetto della copiosa documentazione prodotta dall'utente a sostegno e riprova della fondatezza delle proprie doglianze.

Le predette disposizioni sono tuttavia state violate dall'utente in occasione della compilazione del formulario Ug relativo alla precedente fase del tentativo obbligatorio di conciliazione, che difetta palesemente del requisito di chiarezza e sinteticità, anche nella veste grafica, richiesto dall'art. 16, comma 2bis, Delibera 173/07/CONS; nonché in occasione della redazione della memoria difensiva e di quella di replica nell'ambito del presente procedimento di definizione, inutilmente prolissi rispetto allo scopo difensivo cui le predette memorie sono destinate oltre che inutilmente ripetitivo di argomenti già diffusamente trattati con l'istanza di definizione e con la precedente istanza di conciliazione.

Non sussiste invece la dedotta violazione della Delibera 173/07/CONS art. 16.2bis per il mancato utilizzo dei formulari. Si ritiene infatti che l'utilizzo dei formulari predisposti sia una facoltà e non un obbligo per gli utenti, ben potendo le istanze di conciliazione, di definizione e di adozione di provvedimento d'urgenza essere presentate senza il ricorso ai detti formulari, purché complete di tutti i requisiti e gli elementi essenziali previsti dagli artt. 7 e 14 del Regolamento.

A supporto di tale interpretazione sono gli stessi artt. 7.4 e 14. 5 del Regolamento, che dispongono che l'istanza *“può anche essere inoltrata”* compilando il formulario UG o GU14, nonché il paragrafo I.2 delle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (approvate con Delibera 276/13/CONS), ove si legge: *“Ai sensi degli articoli 5, comma 4, 7, comma 4, e 14, comma 5, per la proposizione delle istanze possono essere utilizzati, rispettivamente, i formulari GU5, UG e GU14 predisposti dalla Direzione. Ciascun Corecom propone l'utilizzo dei suddetti formulari sul proprio sito internet o presso la propria sede, inserendo la propria intestazione nell'apposito spazio del formulario. Non sono ammessi ulteriori formulari”*.

In essi dunque si fa riferimento ad un possibile (non obbligatorio) utilizzo di formulari GU5, UG e GU14 per la presentazione delle istanze, a formulari proposti (non imposti) da ciascun Corecom

sul proprio sito internet o presso la sede, all'inammissibilità solo di ulteriori formulari (non di istanze) diversi dai suddetti.

Infondata è anche l'ulteriore eccezione della natura risarcitoria delle domande, che sono invece espressamente qualificate come domande di indennizzo, con riferimento, nell'istanza di definizione, a norme della Delibera 73/11/CONS presuntivamente violate.

4.1. Sul dedotto malfunzionamento.

Nel merito, l'utente ha lamentato il malfunzionamento del servizio dal giorno successivo all'attivazione, deducendo che nonostante i ripetuti e reiterati reclami il disservizio non è mai stato risolto da Telecom.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (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. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce 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, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Telecom non ha fornito la prova di avere erogato il servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, né che il disservizio lamentato dall'utente sia dipeso da causa ad esso gestore non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi, limitandosi ad affermare che dalle verifiche tecniche effettuate a seguito dei reclami ricevuti non era emersa alcuna anomalia e di avere comunque gestito correttamente il cliente riscontrando i reclami, riaccreditando le somme addebitate e contestate dall'utente in esito al reclamo del 25.6.2013, riconoscendo un indennizzo per la ritardata risposta al reclamo del 7.9.2013 e, infine, assecondando la sua richiesta di sostituzione della sim in esito al reclamo del 13.2.2014.

Per contro, dai tabulati relativi al traffico telefonico effettuato dall'utenza depositati dall'utente, emerge che il servizio voce ha funzionato per tutto il periodo relativo al lamentato disservizio, quantunque dagli stessi si evince che alcune telefonate hanno avuto la durata di pochi secondi, circostanza che può dipendere sia dal dedotto malfunzionamento che dallo stesso utente; l'utente, inoltre, ha depositato copia di alcune comunicazioni ricevute da terzi che lo informavano dell'impossibilità di raggiungerlo telefonicamente; dagli stessi tabulati emerge, infine, l'impossibilità di recapitare alcuni sms di cui l'utente ha tentato invano l'invio.

Dalla mancata prova del funzionamento regolare, continuo e senza interruzione dei servizi associati alla sim dell'utente, ed anzi dalla parziale prova contraria offerta dall'utente, consegue la declaratoria di inadempimento parziale di Telecom ed il riconoscimento di un indennizzo in favore dell'utente ai sensi dell'art. 5, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

Per quanto concerne la concreta determinazione dell'indennizzo, si premette innanzitutto che non è condivisibile la prospettazione offerta dall'utente di scissione delle funzionalità dell'utenza in servizi di fonia e dati, nonché in quella ulteriore di servizi principali e accessori, suscettibili come tali di autonomi indennizzi, in ragione della peculiarità tecnico-commerciale che distingue la telefonia mobile da quella fissa, laddove alle utenze mobili sono comunemente associate una serie di funzionalità già originariamente pertinenti al pacchetto di connessione in mobilità, con modalità di erogazione e fruizione delle stesse altrettanto unitarie ed inscindibili, escludendosi pertanto che in presenza di un disservizio possano essere separatamente e singolarmente indennizzati – nella abnorme misura richiesta di € 7.000,00 - tutti i servizi associati all'utenza medesima.

Ciò premesso, nella fattispecie occorre anche valutare la condotta tenuta dall'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato. Sorge quindi la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP - di prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti: circostanza che si verificerebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto necessario ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 (*"Codice delle Comunicazioni Elettroniche"*) cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia *"in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico"* (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato

improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede.

E precisamente:

1. Il fatto che l'utente, una volta venuta ottenuta risposta da Telecom sull'assenza di anomalie o guasti di rete e, successivamente, ottenuta la sostituzione della sim senza risoluzione della problematica lamentata, aveva comunque a disposizione gli strumenti idonei a limitarne il pregiudizio conseguente. Infatti, ove avesse avuto ancora interesse all'utilizzo dell'utenza con Telecom, avrebbe potuto recedere dal contratto e fruire del servizio rivolgendosi ad operatori alternativi (come poi in effetti ha fatto, ma solo 16 mesi dopo il denunciato malfunzionamento); o ancora, avrebbe potuto avviare - nell'immediatezza del fatto - la procedura di conciliazione e d'urgenza per la cessazione del malfunzionamento lamentato, procedura che avrebbe potuto portare alla adozione di un provvedimento temporaneo entro soli 10 giorni dalla istanza;
2. Il fatto che l'utente abbia proposto l'istanza di conciliazione solo il 11.7.2014, ben 13 mesi dopo il primo reclamo inoltrato;
3. Il fatto che l'utenza fosse di tipo ricaricabile e l'utilizzo non professionale dell'utenza.

Per tutti i motivi sopra esposti, da cui si evince ragionevolmente anche la non indispensabilità dei servizi di cui l'utente ha lamentato il malfunzionamento parziale, e per quanto dedotto in merito all'adeguatezza e alla proporzionalità dell'indennizzo, si ritiene equo, nella fattispecie, liquidare l'indennizzo ex art. 5, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS per il periodo 25.6.2013 – 14.10.2014 nella misura del 50% per complessivi € 595,00 .

4.2. Sulla mancata risposta ai reclami.

L'istante lamenta la mancata risposta ai numerosi reclami svolti sia tramite call center che tramite reclami scritti, chiedendo la liquidazione dei relativi indennizzi.

Alcuni dei predetti reclami sono stati accolti da Telecom per fatto concludente, riaccreditando le somme addebitate e contestate dall'utente in esito al reclamo del 25.6.2013, riconoscendo un indennizzo per la ritardata risposta al reclamo del 7.9.2013 e, infine, effettuando la sostituzione della sim in esito al reclamo del 13.2.2014.

Non consta invece che Telecom abbia mai riscontrato i reclami dell'utente relativi al malfunzionamento del servizio: l'utente infatti ha contestato di avere mai ricevuto la risposta del 11.10.2013 ai precedenti reclami, mentre confermava la ricezione delle risposte del 24.2.2014, 15.4.2014 nonché di ulteriore risposta del 4.2.2014 che, tuttavia, non possono ritenersi né esaustive né adeguatamente motivate ai sensi del disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (30 giorni) e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

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.

Ciò premesso, spetta all'utente l'indennizzo previsto dall'art. 11, commi 1 e 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, dal 30° giorno successivo alla ricezione del primo reclamo del 25.6.2013 all'udienza del 16.10.2014, per complessivi € 300,00. Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo spettante all'utente, si precisa che, ai sensi dell'art. 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, si applica nella fattispecie il parametro indennizzatorio previsto dall'art. 11 dell'Allegato A, in quanto più favorevole all'utente. La Carta Servizi Tim prevede infatti che: *“ai Clienti del servizio prepagato, TELECOM ITALIA riconoscerà per ogni 5 giorni lavorativi di ritardo l'importo di € 5,16 fino a un massimo di € 180,76”*, mentre la Delibera 73/11/CONS riconosce un indennizzo giornaliero di Euro 1,00 per tutti i giorni di ritardo, anche non lavorativi e festivi, con limite indennitario più favorevole pari a Euro 300,00.

5. Sulle spese di procedura.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura: visto il combinato disposto di cui agli artt. 16.2 bis e 19.6 del Regolamento Agcom 173/07/CONS e s. m. e le relative Linee Guida interpretative dettate da ultimo con Del. 273/13/CONS, Par. III.5.4 (*Spese di procedura*), che al comportamento complessivamente tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e definizione collegano ogni opportuna valutazione dell'Autorità in tema di riconoscimento di indennizzi e spese di procedura, anche indipendentemente dall'esito del giudizio; richiamato il principio espresso dall'art.3 del D.Lgs. 02.07.2010, n.104 (Nuovo Codice del Processo amministrativo), principio di carattere generale come da parere motivato Consiglio di Stato- Sez I n. 00346/2013 in tema di violazione del dovere di sinteticità e chiarezza degli atti processuali; tutto ciò considerato, sussistono giusti motivi per compensare le spese di procedura tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. xxx Carmeni nei confronti dell'operatore Telecom Italia xxx.
2. La società Telecom Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante:
 - a) l'importo di Euro 595,00= (cinquecento novantacinque/00=) a titolo di indennizzo ex art. 5, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - c) l'importo di Euro 300,00= (trecento/00) a titolo di indennizzo ai sensi dell'art. 11 commi 1 e 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.

3. La società Telecom Italia xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. 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.

5. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 9 ottobre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto