

## CO.RE.COM. CAL/RIP

DETERMINA DIRETTORIALE N. 464 DEL 21-11-2016

### DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

(Mandalari xxxxxx c/ Tim – Telecom Italia xxxx. – utenza n. xxxx)

#### IL DIRETTORE

VISTI:

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";

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, lett. a), n. 14;

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

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" ed, in particolare, l'art. 19, comma 6, che così recita: *"la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente 500,00 (cinquecento/00) euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale"*;

il Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, adottato con delibera n. 73/11/CONS. del 16 febbraio 2011;

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com" e successive modifiche ed integrazioni;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria, in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

**DATO ATTO** della deliberazione del Comitato n. 234 del 17 luglio 2014, con cui è stata conferita al Dirigente, Avv. Rosario Carnevale, la delega all'adozione dei provvedimenti di definizione delle controversie di modesta entità, aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 (cinquecento/00) euro, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/CONS, sopra citata;

**DATO ATTO**, inoltre, della deliberazione n. 26 del 27 luglio 2016, con cui il Comitato, oltre a confermare la delega ora citata, ha conferito allo stesso Direttore, la delega ad adottare i provvedimenti di rigetto/inammissibilità/archiviazione delle istanze;

RICHIAMATO il punto III.5.5. dell'Allegato alla delibera AgCom 276/13/CONS "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", secondo cui: "al fine di determinare il valore della controversia per l'applicazione della procedura semplificata di cui all'art. 19, comma 7, si avrà riguardo al valore del decisum, e non di quanto dichiarato all'atto dell'istanza. Pertanto, seppure l'utente chieda una somma superiore come indennizzo per il disservizio subito, se l'importo effettivamente liquidato è inferiore ad euro cinquecento, si provvederà con determina direttoriale";

VISTA l'istanza, acquisita al n. 18631 del 3 maggio 2016, con cui il ricorrente in oggetto ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società in epigrafe, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento (Allegato A) della delibera n. 173/07/Cons, di seguito "Regolamento";

VISTA la nota del 10 maggio 2016, prot. n. 19571, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della predetta controversia;

VISTI gli atti del procedimento, la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria e le risultanze emerse all'**udienza del 28 ottobre 2016**;

RILEVATO, sulla scorta della documentazione in atti, quanto segue.

Il ricorrente, titolare di un'utenza telefonica residenziale fissa, ha esposto di aver sottoscritto, con Tim-Telecom Italia, un contratto di abbonamento per la numerazione in oggetto, aderendo - il 6 ottobre 2015 - all'offerta internet senza limiti, al prezzo di € 29,90 mensili, di cui € 5,00 a titolo di corrispettivo per il servizio Tim vision. Egli lamenta di aver ricevuto fatture ad un costo superiore a quello concordato, così come appreso in seguito alla ricezione della prima fattura di novembre 2015.

Dopo numerosi reclami, finalmente, nel mese di gennaio 2016 (precisamente il 21 gennaio), veniva attivato il profilo tariffario prescelto dall'istante. Senonché gli pervenivano fatture per un importo superiore a quello pattuito e, di tal guisa, la resistente disponeva - l'11 marzo 2016 - la sospensione della linea internet senza preavviso, con riattivazione avvenuta solo il 31 marzo 2016, in seguito a provvedimento temporaneo adottato da questo Co.re.com.

L'utente ha, per quanto sopra, domandato:

- a) l'indennizzo per l'applicazione di un profilo tariffario non richiesto;
- b) l'indennizzo per la sospensione del servizio adsl senza preavviso, ai sensi dell'art. 4, co. 1, allegato A), delibera n.73/11/CONS;
- c) lo storno delle fatture non giustificate e delle voci non corrispondenti al piano concordato;
- d) il rimborso delle spese di procedura.

Il ricorrente ha depositato, oltre al verbale di mancata conciliazione, le prime tre fatture ricevute.

Tim, tempestivamente costituita, respinge ogni addebito, eccependo che la variazione del profilo tariffario, avvenuta il 21 novembre 2016, sarebbe stata pattuita tra le parti. In tale occasione il piano tariffario del cliente passava da ISL a Tim smart voce casa. Tuttavia, in seguito a segnalazione pervenuta al servizio 187, la società resistente, benché avesse agito correttamente, ripristinava - il 21 gennaio 2016 - il precedente profilo tariffario, con accredito della somma di € 23,11, oltre iva, quale differenza tra il canone Tim smart voce casa ed ISL, per tutto il periodo dal 20 novembre 2015 al 20 gennaio 2016. Riteneva, pertanto, il gestore di aver assolto a tutti gli adempimenti imposti a suo carico.

Nessuna sospensione telefonica infine sarebbe stata riscontrata durante il periodo tra l'11 marzo ed il 31 marzo 2016, né tantomeno risulterebbero reclami per un presunto malfunzionamento.

Il reclamo, poi, come affermato dall'Autorità e da questo Co.re.com., sarebbe indispensabile ai fini della conoscenza del disservizio e per la sussistenza di una responsabilità dell'operatore.

Concludeva quindi per il rigetto delle avverse domande.

Il sig. Mandalari con memoria di replica ribatteva quanto *ex adverso* dedotto.

Passando all'esame della questione,

PRELIMINARMENTE, dovendo valutare il comportamento delle parti ai fini della liquidazione delle spese di procedura, si rileva che entrambe hanno aderito al tentativo di conciliazione senza raggiungere un accordo, e partecipato all'udienza di discussione.

NEL MERITO, all'esito dell'istruttoria, si rileva quanto segue.

Le doglianze dell'istante sono parzialmente fondate e trovano parziale accoglimento.

La decisione è frutto di un'adeguata comparazione dei documenti prodotti e delle correlative allegazioni con i rispettivi oneri probatori.

Con riferimento alla domanda sub a), essa trova accoglimento, prendendo le mosse da due fatti, da ritenersi pacifici: la variazione del profilo tariffario e la richiesta dell'utente di ripristino del vecchio piano. Posto ciò, il gestore non ha dimostrato, di aver ricevuto una previa richiesta di modifica del profilo tariffario da parte dell'utente, sicché è da ritenersi corretta la richiesta di indennizzo da parte di quest'ultimo, con riconoscimento di € 1,00 pro-die, dal 20 novembre 2015 al 21 gennaio 2016, per un importo complessivo di € 42,00.

Con riguardo alla sospensione del servizio adsl, l'indagine probatoria, esperita nel corso del procedimento, conduce parimenti all'accertamento di una responsabilità del gestore.

Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, infatti, si giunge a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio, concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, in tema di fornitura del servizio nell'ambito del settore delle telecomunicazioni, è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento"* (Cass. Civ. n.2387/04 e 936/10). Parimenti consolidato è il principio di vicinanza della prova, anch'esso fatto proprio da questo Co.re.com., secondo cui: *"l'onere della prova, poi, dev'essere ripartito oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio"* (Cass, Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e 10 gennaio 2006 n. 141). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce degli anzidetti criteri di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente della sospensione del servizio, era onere del gestore contestare l'affermazione, dimostrandone la fornitura, ovvero provare il rispetto della regolamentazione vigente in materia di sospensione dell'utenza, da ultimo disciplinate dall' art. 5, delibera 173/07/CONS, allegato A. L'anzidetto dettato normativo impone, com'è noto, al gestore l'obbligo di preavviso in caso di sospensione dell'utenza. La disposizione recita testualmente: *"fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore....omissis .....può disporre la sospensione del servizio solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento"*.

Nessuna prova è stata offerta, pertanto, dalla resistente in merito alla regolare fruizione del servizio da parte dell'utente. Di converso risulta emesso, in data 29 marzo 2016, provvedimento d'urgenza da parte del Co.re.com., con cui è stata disposta la riattivazione del servizio adsl, comprovando con ciò la versione dei fatti offerta dall'istante.

Circa il quantum dell'indennizzo, soccorre l'art. 4, della delibera 73/11/CONS, secondo cui: *"nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad € 7,50 per ogni giorno di sospensione"*. All'utente dovrà, dunque, essere corrisposto un indennizzo di € 150,00 (centocinquanta/00), per i venti giorni di sospensione del servizio adsl.

Non merita accoglimento, invece, la domanda di modulazione dei costi del piano tariffario prescelto dall'utente, sempre in conformità ai succitati principi di ripartizione del carico probatorio. L'istante infatti, seppur lamentando la fatturazione di importi non rispondenti a quelli prospettati in sede di adesione, non ha dato prova della fonte del suo diritto, non producendo alcun contratto scritto, né tantomeno ha avuto cura di allegare le modalità di stipula (ad es. per iscritto o attraverso il cd. teleselling).

TUTTO CIO' PREMESSO,

RITENUTO di dover accogliere parzialmente il ricorso del ricorrente.

RITENUTO, altresì, che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.Re.Com. all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto, tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

RITENUTO che, ai sensi dell'art. 19, comma 6 del Regolamento di procedura, nella quantificazione di rimborsi ed indennizzi, deve tenersi conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"* ed, altresì, che *"quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi"* vadano comunque *"rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia...., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione"*;

CONSIDERATO, l'accoglimento parziale dell'istanza, la partecipazione di un delegato dell'utente all'udienza di conciliazione e di definizione, le eccezioni proposte e le difese, ricorrono le condizioni per riconoscere al ricorrente la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura;

Per tutto quanto sopra esposto

#### DETERMINA

In parziale accoglimento dell'istanza dell'utente Mandolari F.A., la società Tim-Telecom Italia è tenuta a riconoscere e versare in favore dell'utente:

- a) € 42,00 (quarantadue/00), a cagione dell'applicazione di un profilo tariffario non richiesto;
- b) € 150,00 (centocinquanta/00), per la sospensione del servizio senza preavviso;
- c) € 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

E' in facoltà del ricorrente avviare azione risarcitoria dinanzi alla competente Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 19, comma 5, del vigente Regolamento;

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Regolamento "il provvedimento di definizione della controversia, costituisce un ordine dell'Autorità", come disposto dall'art. 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";

La presente determinazione è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web sia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sia del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

La società resistente è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente determinazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

Reggio Calabria,

Il Responsabile del Procedimento

F.to Avv. Michele Ripepi

Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria

F.to Avv. Rosario Carnevale