

DELIBERA N. 91
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXX / TIM X (GU14/29555/2018)

Corecom Emilia Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia Romagna del 18/04/2019;

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

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*” (di seguito “*Regolamento sugli indennizzi*”), come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la l. r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re.Com.);

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza di XXX del 11/10/2018 acquisita con protocollo N. 0154739 del 11/10/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha presenziato all'udienza di conciliazione paritetica, tenutasi in data 12/07/2018. L'istante lamenta errato/mancato inserimento elenchi telefonici nei confronti della società TIM X d'ora in poi Tim. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nel corso dell'audizione e del procedimento stesso, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- Per l'esercizio della sua professione di avvocato, era titolare di n. 2 linee telefoniche, una per l'utilizzo del fax 059XXXX371 e l'altra 059XXX995 come linea voce. In seguito a diverse lamentele da parte dei clienti e potenziali clienti, si è accorto che, erroneamente, sulle Pagine Bianche il numero dedicato al fax 059XXXX371 era stato posto come primo, in luogo del numero 059XXX995.

- I clienti cercavano di contattare il professionista usando lo 059XXXX371 e ovviamente non ricevevano nessuna risposta. A nulla sono serviti i reclami fatti e l'istante si è visto costretto a rinunciare al numero di fax 059XXXX371 con tutti i disagi del caso e la perdita di clienti e potenziali clienti.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- a) Indennizzo per errato inserimento in elenco telefonico, indennizzi come da normativa vigente, risarcimento danni, quantificati in complessivi euro 5.000,00.

L'istante ha poi replicato alla memoria prodotta dall'operatore evidenziando come avesse già provveduto alla formale contestazione del disservizio in questione tramite missiva del 03/05/2017, cui Tim aveva dato riscontro in data 25/05/2017 dichiarando come l'anomalia fosse stata risolta nei termini previsti dall'art. 7, comma 2, delle Condizioni Generali di Contratto. Al contrario, l'anomalia permaneva nell'elenco 2017/2018, tanto che con raccomandata del 31/01/2018 riproponeva la problematica a Tim che, a sua volta, con missiva del 01/03/2018, rigettava ogni pretesa risarcitoria rilevando la intervenuta cessazione della linea telefonica.

2. La posizione dell'operatore

In via preliminare l'operatore eccepisce l'inammissibilità della domanda di risarcimento danni in quanto l'Autorità, e per essa il Corecom, in base al disposto dell'art.20 commi 4 e 5 del Regolamento 203/18, può solamente condannare l'operatore ad effettuare storni o rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi, ferma restando la possibilità di agire in giudizio per il risarcimento del maggior danno. La richiesta di risarcimento avanzata dall'istante, in termini di lucro cessante, dovrà, quindi, essere inevitabilmente rigettata.

Nel merito, Tim ritiene infondate le doglianze di parte istante, ragion per cui non possono trovare accoglimento e meritano di essere rigettate. alcuna responsabilità può essere imputabile a Tim. Dalle

verifiche effettuate sui suoi sistemi si evince infatti come sui dati relativi all'elenco appaia sempre il principale 059XXX995.

Tim mette a disposizione di ItaliaOnline, società che gestisce la pubblicazione degli elenchi, le numerazioni intestate all'utente, dopodiché il Gestore non può intervenire in alcun modo sull'ordine di pubblicazione, circostanza, del resto, comunicata all'utente con missiva del 13/09/2017. Infatti, come previsto dalle delibere Agcom n. 36/02/CONS e n. 80/02/CONS, l'operatore deve fornire i dati da pubblicare nell'elenco telefonico generale, i quali confluiscono in un "database unico", denominato DBU. Una volta forniti i dati corretti da inserire nel DBU – ad esempio, oltre alle linee, anche la sede degli impianti, ecc. – Tim ha perfettamente adempiuto all'obbligazione assunta, essendo eventuali successive responsabilità imputabili solamente al soggetto che provvede alla materiale pubblicazione degli elenchi. Alla luce di quanto esposto, è evidente la correttezza dell'operato di Tim s.p.a.. Precisa, in ultimo, come la linea n. 059XXX995 sia migrata ad OLO in data 12/02/2018.

3. Motivazione della decisione

La richiesta di indennizzo per errato inserimento in elenco telefonico avanzata dall'utente può essere accolta nei termini che seguono.

In via preliminare, tuttavia, si rende opportuno chiarire che la richiesta di risarcimento del danno formulata dalla parte istante non può trovare accoglimento in questa sede. In particolare, sia la quantificazione che la liquidazione del danno esulano dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie *“ove riscontri la fondatezza dell'istanza ... può ordinare all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o di corrispondere indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”*, come previsto espressamente dall'art. 20, comma 4, del Regolamento di cui alla delibera n. 203/18/CONS. Ai sensi del comma 5, invece, resta salvo il diritto dell'utente di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno. Tanto premesso, passando al merito della questione, l'istante attribuisce a Tim l'erronea indicazione, al primo posto nell'elenco abbonati, del numero ricezione fax 059XXXX371 (tra l'altro, senza indicazione di questo servizio), anziché il numero riservato alla ricezione delle chiamate in entrata (ovvero 059XXX995). Peraltro, riferisce l'istante di aver provveduto a contestare formalmente l'anomalia, ricevendo dal gestore risposta di avvenuta risoluzione del disservizio.

Poiché la problematica si ripresentava col nuovo elenco 2017/2018, aveva nuovamente interpellato il gestore, il quale ne aveva rigettato le richieste a fronte dell'intervenuta cessazione della linea. L'art. 4, comma 3, lett. f), del. Agcom n. 179/03/CSP ha previsto che *“gli organismi di telecomunicazioni si impegnano a informare gli utenti del loro diritto di scelta di essere inseriti o meno negli elenchi*

telefonici a disposizione del pubblico e circa le modalità dell'inserimento, della modifica, dell'utilizzo e della cancellazione dei dati personali, nonché le modalità di fornitura degli elenchi secondo quanto stabilito dalle delibere Agcom n. 36/02/CONS e n. 180/02/CONS". Queste ultime, in particolare, prevedono, che l'inserimento dei dati personali degli abbonati nella "base dati unica" (c.d. DBU), da cui vengono attinti i dati pubblicati negli elenchi telefonici, avvenga sulla base del consenso manifestato per iscritto dagli utenti, i quali – nell'esercizio di tale facoltà – devono esprimere in modo inequivocabile la propria volontà di essere presenti negli elenchi comunicando tutti i dati necessari. Rispetto al caso di specie, è stato già detto che Tim si ritiene non responsabile in quanto non può intervenire in alcun modo sull'ordine di pubblicazione: una volta forniti i dati corretti da inserire nel DBU, eventuali successive responsabilità sono da imputare a chi provvede materialmente alla pubblicazione. A ben vedere, l'istante afferma che "i numeri 059XXX995 e 059XXXX371 hanno indicato, per decenni, il primo il contatto diretto con i clienti ed il secondo il fax". Ne consegue, pertanto, che il disservizio lamentato può ritenersi verificato solo in tempi più recenti, verosimilmente a partire dall'edizione 2016-2017 (dato che la prima segnalazione dell'istante a Tim risale al 03/05/2017 e vista la cadenza annuale di pubblicazione degli elenchi), per poi ripetersi in quella successiva 2017-2018.

Nulla quaestio, dunque, sul pregresso inserimento dei dati del professionista nel DBU e sulla continuativa – corretta - pubblicazione degli stessi sull'elenco telefonico che, per lungo tempo, ha consentito al legale di essere contattato con successo dalla propria clientela.

Ferma restando l'esclusione di qualsiasi responsabilità dell'operatore in ordine alla pubblicazione materiale delle utenze sull'elenco telefonico, alcune riflessioni, tuttavia, si impongono attorno alla condotta di Tim a partire dalla prima segnalazione del disservizio, avvenuta a maggio 2017. Sebbene il gestore abbia dato riscontro alle doglianze di parte istante, nulla ha provato di quanto concretamente fatto per soddisfare le richieste del cliente. A tal proposito, occorre precisare che dei vari reclami e relative risposte agli atti, è solo con la comunicazione del 13/09/2017 che il gestore dà riscontro alla segnalazione del maggio 2017 sulla problematica *de qua*, precisando che la sequenza numerica di pubblicazione e la dicitura fax/telefono sono gestiti dall'editore SEAT ed invitando quindi il cliente a rivolgersi a quest'ultimo. Adempimento, del resto, al quale l'istante aveva già -inutilmente- provveduto, tanto da darne atto proprio nella raccomandata inviata a Tim nel mese di maggio 2017: "*...Seat Pagine Bianche, da me interessata, ha risposto: La invitiamo a contattare il gestore telefonico a cui è abbonato; per disposizione normativa, tale soggetto è infatti l'unico titolato ad operare i suddetti interventi sui dati dei propri abbonati e, quindi, l'unico cui l'abbonato può rivolgersi per tale fine...*".

Se è vero che gli operatori non possono inserire, di propria iniziativa, il nominativo degli utenti negli elenchi telefonici, né disporre dei dati dei clienti in assenza di una loro espressa richiesta in tal senso

(così Agcom nella delibera n. 111/12/CIR), non si può non riconoscere nel caso in esame la precisa volontà dell'utente, formulata con il reclamo del 2017 e ribadita nel 2018 al persistere di quella anomalia, di (ri)ottenere una corretta pubblicazione delle proprie utenze, precisa volontà alla quale non è seguita una condotta del gestore soddisfacente delle esigenze manifestate dal cliente.

“In materia di inserimento dell'utenza negli elenchi telefonici, sussiste in capo all'operatore una responsabilità ai sensi dell'articolo 1218 c.c., con il conseguente diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo, qualora la parte istante, pur non avendo utilizzato per la richiesta i formulari predisposti dal gestore, abbia espresso in modo inequivocabile la propria volontà di essere presente negli elenchi comunicando via fax tutti i dati necessari (nome, cognome, titolo, indirizzo e numero di telefono). Del resto, il gestore ha dimostrato, con il proprio comportamento, di essere perfettamente conscio della volontà dell'istante. Pertanto, se avesse utilizzato la diligenza professionale cui è tenuto ai sensi dell'art. 18, comma 1 lettera h), del codice del consumo, non avrebbe dovuto ignorare e/o disattendere le manifestazioni di volontà dell'utente nel senso sopra descritto”: in tal senso Corecom Toscana, delibera n. 7/2012 e, più di recente, Corecom Abruzzo, delibera n. 31/2015. E sempre sul mancato/errato inserimento negli elenchi telefonici *“... la Società, nel momento in cui offre alla propria clientela la possibilità di fruire di un determinato servizio (anche gratuito), è tenuta ad assicurare tutti gli adempimenti per garantirne l'erogazione. L'operatore, dunque, pur non avendo alcuna responsabilità materiale delle utenze negli elenchi, è tenuto agli ulteriori adempimenti per soddisfare la volontà del cliente”* (Corecom Abruzzo, delibera n. 14/15).

Nella sua memoria Tim produce una schermata, estratta dai propri sistemi, in cui si legge che *“... dalle verifiche effettuate sui sistemi di Tim s.p.a. si evince come sui dati relativi all'elenco appaia sempre il principale 059XXX995”*, schermata di per sé non esaustiva ai fini di una esclusione di responsabilità. Né vale la successiva considerazione dello stesso gestore per cui, una volta messe a disposizione della società che gestisce la pubblicazione degli elenchi le numerazioni intestate all'utente, Tim non possa intervenire in alcun modo sull'ordine di pubblicazione.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio affermato più volte nella giurisprudenza di legittimità (da ultimo, Cass. 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, 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 adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non

imputabile ex art. 1218 C.C., ovvero da causa specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla carta servizi.

Spettava dunque a Tim dare tale prova, ad esempio di essersi attivato nei confronti di Seat per la rimozione dell'errore che si era verificato, prova che nel caso di specie è mancata.

Per quanto sin qui esposto si ritiene, in mancanza di prova contraria, che il disservizio consistente nell'errata pubblicazione negli elenchi telefonici 2016-2017 e 2017-2018 sia da imputarsi esclusivamente alla società convenuta ed in quanto tale comporta la corresponsione di un indennizzo in virtù dell'art. 11 dell'allegato A) alla delibera 347/18/CONS "*L'omesso o errato inserimento dei dati relativi all'utenza negli elenchi di cui all'art. 55 del Codice comporta il diritto dell'utente ad ottenere un indennizzo, da parte dell'operatore responsabile del disservizio, pari a euro 200 per ogni anno di disservizio. Il medesimo indennizzo è applicato per l'omesso aggiornamento dei dati in caso di giustificata richiesta da parte dell'interessato*". Tale parametro va combinato con le previsioni dell'art. 13 del suddetto allegato: con il comma 1, per il quale nella fattispecie contemplata dall'art. 11 il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenendo conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente, e con il comma 3, a tenore del quale se l'utenza interessata dal servizio è di tipo affari, gli importi sono applicati in misura pari al quadruplo. Considerato che l'istante ha presentato reclamo in data 03/05/2017, l'importo di euro 200,00 andrà moltiplicato per quattro, per complessivi euro 800,00 (ottocento/00) (200*4).

Per questi motivi, il Corecom all'unanimità:

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti della società TIM X per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società TIM X è tenuta a pagare in favore dell'istante il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
I. euro 800,00 (ottocento/00) a titolo di indennizzo per omessa/errata indicazione negli elenchi telefonici pubblici.
3. La società TIM X è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 18/04/2019

IL PRESIDENTE
Stefano Cuppi