

DETERMINA 18 Fascicolo n. GU14/500973/2022 e GU14/500975/2022

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX / TISCALI ITALIA S.P.A. (ARIA S.P.A. - LINKEM RETAIL)

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

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”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 194/23/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/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 denominato Regolamento sugli indennizzi come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 “Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni”, in particolare l’art. 30, e il “Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni” (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative

delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitati Regionali per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 16/02/2022 acquisita con protocollo n. 0053606 del 16/02/2022;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 16/02/2022 acquisita con protocollo n. 0053609 del 16/02/2022;

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

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

1. La posizione dell’istante.

La parte istante, titolare dei contratti residenziali di cui al codice cliente n. 44001xxxx, n. 44043xxxx e n. 43968xxxx con l’operatore Tiscali Italia S.p.A. (Aria S.p.A. - Linkem Retail) di seguito, per brevità, Tiscali, lamenta il mancato accredito di *bonus* relativi alla promozione “Ti Presento un Amico” e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione allegata, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- *“il numero cliente 44001xxxx (XXX 055627xxxx) ha presentato il 44017xxxx (xxx) e il 44043xxxx (XXX DN 081086xxxx). Avrebbe dunque dovuto ricevere 2 accrediti per le presentazioni attive e 1 accredito per la presentazione passiva (avvenuta da parte del 43968xxxx), ma ha ricevuto uno e un solo accredito dei 3 spettanti. Inoltre il 44043xxxx (XXX 081068xxxx) non ha ricevuto l’accredito per la presentazione passiva da parte del 44001xxxx (XXX 055627xxxx)”*;
- *“il numero cliente 43968xxxx (XXX DN 055050xxxx) ha presentato il 44001xxxx (XXX DN 055627xxxx). L’accredito spettante al 43968xxxx per la presentazione attiva non è mai stato liquidato sino ad avvenuta cessazione del servizio, pur essendo state emesse altre fatture. Risulta invece regolarmente accreditato, sul 44001xxxx, il premio relativo alla presentazione passiva;*
- non ha ricevuto alcuna risposta ai reclami inviati all’operatore l’11 e il 23 dicembre 2019, il 1° gennaio 2020 e il 2 novembre 2021.

In data 25 gennaio 2022 la parte istante ha esperito nei confronti dell’operatore Tiscali i tentativi obbligatori di conciliazione presso il CoReCom Toscana (UG/475932/2021 e UG/475935/2021), tentativi che si sono conclusi entrambi con verbale attestante il mancato accordo.

In base a tali premesse l’istante ha chiesto:

in riferimento ai contratti di cui ai codici cliente n. 44001xxxx e n. 44043xxxx

- i) *“90 euro di bonus non erogati”;*
- ii) *“300 euro per mancata risposta ai reclami”;*

in riferimento al contratto di cui al codice cliente n. 43968xxxx

- iii) *“30 euro bonus non erogato”;*
- iv) *“300 euro per omessa risposta ai reclami”.*

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Tiscali, il 4 aprile 2022 con rettifica in data 7 aprile 2022, ha depositato le proprie memorie difensive con allegata documentazione, nelle quali ha richiesto il rigetto di tutte le pretese avanzate dall'istante per le ragioni di seguito sinteticamente riportate.

Con riferimento al codice cliente n. 44001xxxx, l'operatore ha affermato che il 17 settembre 2018 l'istante *“presentava la nuova utenza numero 44017xxxx, intestata al sig. xxx. L'accredito dei € 30 (€24,79 + IVA) previsto dal programma “Ti Presento un Amico” avveniva in data 19/12/2018 e contabilizzato nella fattura del 2/02/2019 (All. 2)”* e che il 23 aprile 2019 *“presentava l'utente numero 44043xxxx, intestato al Cliente XXX medesimo. Il bonus di €24,79 + IVA veniva accreditato nella fattura del 2/08/2019 (All. 3).”*

L'operatore ha dedotto altresì che *“quanto poi al bonus per la presentazione passiva relativa al numero cliente 44043xxxx, il bonus è stato accreditato nella fattura numero 19162xxxx del 2/08/2019”,* e ha provveduto ad allegare tale fattura.

Per quanto riguarda il codice cliente n. 43968xxxx, l'operatore ha sostenuto che *“non risultano registrate richieste per contratti ad esso associati, all'interno del programma “Ti Presento un Amico”.* Al riguardo, l'operatore ha precisato che *“il contratto numero 44001xxxx risulta essere stato attivato spontaneamente attraverso la compilazione del modulo di sottoscrizione online da parte del Cliente medesimo. La Scrivente non è in possesso di elementi che possano associare il contratto numero 44001xxxx al contratto numero 43968xxxx, attraverso il programma “Ti Presento un Amico”. D'altronde, non risulta che alcuna comunicazione in merito sia stata inviata da Tiscali ai due contratti, a conferma della registrazione dell'adesione alla campagna.”*

Infine, l'operatore ha dedotto di non essere in possesso di segnalazioni o reclami del cliente in ordine all'oggetto della controversia.

L'operatore ha concluso con la richiesta di rigettare ogni pretesa avanzata dall'istante.

3. Le repliche dell'istante

La parte istante, il 7 aprile 2022, ha depositato una nota di replica con allegata documentazione per ognuno dei procedimenti in oggetto, precisando quanto di seguito sinteticamente riportato.

In primo luogo, l'istante ha preso atto che l'operatore ha documentato l'erogazione di tre accrediti bonus, *“uno relativo alla presentazione attiva da parte del numero cliente 44001xxxx del numero cliente 44017xxxx, uno relativo alla presentazione attiva da parte del numero cliente 44001xxxx del numero cliente 44043xxxx e uno relativo alla presentazione passiva del numero cliente 44043xxxx da parte del numero cliente 44001xxxx”.*

Per quanto riguarda l'assenza di presentazione, asserita dall'operatore, da parte del numero cliente 43968xxxx, del numero cliente 44001xxxx, l'istante ha affermato di non essere in grado di comprovare che essa sia avvenuta *“poiché la dinamica della promozione consisteva nell'aderire all'offerta utilizzando, anziché il normale sito web dell'operatore accessibile al pubblico, un link generato dal presentatore tramite la propria area clienti, rinviante a un URL contenente un apposito codice a lui riconducibile, e fornito al presentato, il quale, utilizzando questa procedura per raggiungere una pagina apparentemente identica, non riceveva alcuna conferma di avere diritto*

alla promozione, così come il presentatore non veniva avvisato del fatto che qualcuno aveva stipulato il contratto avvalendosi della sua presentazione, cioè adoperando il suo codice. Sono informazioni che vengono immagazzinate solo sui sistemi dell'operatore e di cui l'utente, adottando l'ordinaria diligenza (c.d. diligenza del buon padre di famiglia), non può entrare in possesso". In relazione all'affermazione dell'operatore di non aver inviato alcuna comunicazione a conferma dell'adesione alla campagna "Ti Presento un Amico", l'istante ha chiarito che "comunicazioni di questo genere non sono proprio previste, e infatti laddove i bonus sono stati regolarmente erogati notifiche in tal senso non c'erano state (l'avente diritto si è ritrovato semplicemente l'importo liquidato sulla fattura a compensazione delle voci a debito, senza peraltro che venisse specificato a quale presentazione, attiva o passiva, facesse riferimento l'accredito medesimo)".

Con riferimento alla asserita mancata cognizione da parte dell'operatore di doglianze, l'istante ha affermato di aver notificato quattro reclami a mezzo posta elettronica certificata nei quali aveva contestato *"precisi comportamenti dell'operatore, che veniva costituito in mora e nei confronti del quale si avanzavano pretese puntuali pretese"*. Al riguardo, l'istante ha allegato i reclami.

In conclusione, l'istante ha proposto *"la riunificazione delle pratiche GU14/500973 e GU14/500975"* e ha richiesto quanto segue:

- i) "un rimborso onnicomprensivo di 60 euro pari ai due importi bonus";*
- ii) "un indennizzo onnicomprensivo per mancata risposta a tutti i reclami di euro 300".*

4. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere accolte come di seguito precisato.

In primis si osserva quanto segue:

- si ritiene meritevole di accoglimento la richiesta dell'istante di riunire i procedimenti GU14 500973/2022 e GU14 500975/2022 in quanto le due istanze riguardano controversie connesse sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Pertanto, in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell'azione amministrativa, in base all'art. 18, comma 4 del Regolamento, le istanze verranno riunite per ragioni di economia procedimentale e trattate congiuntamente nella presente disamina;
- si precisa che saranno prese in considerazione le sole domande che l'istante ha presentato in sede di replica, atteso che le stesse sono state riformulate anche a seguito di quanto chiarito dall'operatore nelle proprie memorie.

Ciò premesso, la presente disamina s'incentra sul mancato accredito dei *bonus* a seguito dell'adesione alla promozione "Ti Presento un Amico" e sulla mancata risposta ai reclami.

Sul mancato accredito dei *bonus* a seguito dell'adesione alla promozione "Ti Presento un Amico".

La parte istante ha lamentato la mancata erogazione di due *bonus* a seguito dell'adesione alla promozione "Ti Presento un Amico". L'operatore ha sostenuto di aver regolarmente accreditato in fattura tre *bonus* relativi ai codici cliente n. 44001xxxx e n. 44043xxxx e di non aver ricevuto nessuna richiesta di adesione alla promozione da parte del codice cliente n. 43968xxxx.

La doglianza dell'istante è meritevole di accoglimento per i motivi di seguito esposti.

Dal corredo istruttorio fornito dall'operatore risulta che nella fattura n. 19042xxxx del 2 febbraio 2019 relativa al codice cliente n. 44001xxxx è stato accreditato l'importo di euro 24,79 più IVA sotto la voce "Presenta un Amico". L'operatore ha sostenuto che tale accredito era riferito alla presentazione del codice cliente n. 44017xxxx. Inoltre, nella fattura n. 19172xxxx del 2 agosto 2019 relativa al codice cliente n. 44001xxxx è stato accreditato l'importo di euro 24,79 più IVA sotto la voce "Presenta un Amico". L'operatore ha sostenuto che tale accredito era riferito alla presentazione del codice cliente n. 44043xxxx. Infine, nella fattura n. 19162xxxx del 2 agosto 2019 relativa al codice

cliente n. 44043xxxx è stato accreditato l'importo di euro 24,79 più IVA sotto la voce "Presenta un Amico". L'operatore ha sostenuto che tale accredito era riferito alla presentazione passiva del codice cliente n. 44043xxxx.

Ciò posto, risulta incontestata l'erogazione dei *bonus* riferiti alle presentazioni effettuate dall'istante in relazione al codice cliente n. 44001xxxx. Si precisa che l'accredito del *bonus* relativo alla presentazione passiva del codice cliente n. 44017xxxx non può essere oggetto della presente disamina in quanto, come giustamente rilevato dall'istante, tale codice cliente risulta intestato ad altra persona.

Per quanto riguarda la contestazione relativa alla mancata erogazione dei *bonus* per la presentazione del codice cliente n. 44001xxxx da parte del codice cliente n. 43968xxxx, l'operatore ha dedotto di non aver inviato alcuna comunicazione ai due contratti a conferma della registrazione dell'adesione al programma "Ti Presento un Amico" e che *"il contratto numero 44001xxxx risulta essere stato attivato spontaneamente attraverso la compilazione del modulo di sottoscrizione online da parte del Cliente medesimo"*.

In proposito, giova altresì rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. secondo cui *"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"*. Alla luce dell'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 30 ottobre 2001 n. 13533 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentt. nn. 2387/2004, 1743/2007, 9351/207, 26953/2008, 15677/2009 e 936/2010), 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.

Nel caso di specie, non risulta che l'operatore abbia fornito la prova della conclusione del contratto n. 44001xxxx tramite la compilazione spontanea, da parte dell'istante, del modulo di sottoscrizione *online*. L'operatore, infatti, non ha prodotto alcunché in relazione a tale contratto.

Tutto ciò premesso, non risultando provata da parte di Tiscali l'avvenuta conclusione del contratto tramite autonoma adesione dell'istante, ne consegue che deve ritenersi che il contratto di cui al codice cliente n. 44001xxxx sia stato attivato conformemente a quanto prospettato dall'istante e cioè a seguito di adesione alla promozione "Ti Presento un Amico" da parte del codice cliente n. 43968xxxx.

Alla luce di quanto sopra esposto, l'istante ha diritto, in accoglimento della domanda *sub i)* in replica, alla corresponsione dell'importo di euro 24,79 più IVA per la presentazione attiva da parte del codice cliente n. 43968xxxx e di euro 24,79 più IVA per la connessa presentazione passiva del codice cliente n. 44001xxxx.

Sulla mancata risposta ai reclami

La parte istante ha lamentato la mancata risposta dell'operatore ai plurimi reclami inviati tramite posta elettronica certificata. L'operatore ha dedotto di non essere in possesso di alcuna segnalazione o reclamo del cliente.

La doglianza dell'istante è meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

Nel caso di specie, dal corredo istruttorio fornito dall'istante in sede di replica risulta che quest'ultimo ha presentato all'operatore quattro reclami tramite posta elettronica certificata consegnata nelle date dell'11 e 23 dicembre 2019, del 1° gennaio 2020 e del 2 novembre 2021. In tali

reclami l'istante ha lamentato la mancata erogazione dei bonus relativi all'adesione all'iniziativa "Presenta un amico". Al riguardo, dagli atti del procedimento non risulta alcun riscontro dell'operatore.

Si richiamano, in proposito, la Delibera Agcom n. 179/03/CSP nella quale si prevede che la risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto, in forma scritta nei casi di rigetto, e che la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento di un indennizzo, e l'art. 12, commi 1 e 2, del Regolamento sugli Indennizzi, secondo i quali, in caso di mancata/ritardata risposta al reclamo è previsto *"un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300 (...) computato in misura unitaria (...) anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio"*.

Ciò premesso, il primo dei reclami non riscontrati dall'operatore risulta essere quello dell'11 dicembre 2019.

Ne consegue che, ai fini del calcolo dell'indennizzo, si determina il *dies a quo* nella data del 25 gennaio 2020, detratto il tempo utile di 45 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la risposta al reclamo, e il *dies ad quem* nella data dell'udienza di conciliazione del 25 gennaio 2022.

Pertanto, l'istante, in accoglimento della domanda *sub ii)* in replica, ha diritto alla corresponsione dell'importo computato nella misura massima di euro 300,00 (trecento/00), determinato secondo il parametro di euro 2,50 *pro die* a titolo di indennizzo per i 731 giorni di mancato riscontro al reclamo.

DETERMINA

- Tiscali Italia S.p.A. (Aria S.p.A. - Linkem Retail) in parziale accoglimento dell'istanza del 16/02/2022 è tenuta a corrispondere in favore dell'istante in relazione al GU14/500973/2022 e al GU14/500975/2022 entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, le somme di euro 24,79 (ventiquattro/79) più IVA per la presentazione attiva da parte del codice cliente n. 43968xxxx e di euro 24,79 (ventiquattro/79) più IVA per la connessa presentazione passiva del codice cliente n. 44001xxxx, maggiorate degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
- La società Tiscali Italia S.p.A. (Aria S.p.A. - Linkem Retail) è tenuta, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, a corrispondere in favore dell'istante, con le modalità di pagamento indicate in istanza, la somma di euro 300,00 (trecento/00) maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente
Cinzia Guerrini

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del “Codice dell’Amministrazione Digitale” (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)