

DELIBERA N. 35/13/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
ADGMH ITALIA [REDACTED] / TELECOM ITALIA [REDACTED]
IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 3.4.2013;

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*";

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'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "*Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni*" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1 gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 14 novembre 2011, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/670/2011, con cui la ADGMH ITALIA [REDACTED] (di seguito, per brevità ADGMH) ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Telecom Italia [REDACTED] (di seguito, per brevità, "Telecom");

VISTA la nota del 22 ottobre 2012 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 21 novembre 2012, con la quale Telecom ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

VISTA la nota del 3 dicembre 2012, con la quale l'istante ha presentato la memoria di replica;

CONSIDERATO quanto segue;

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

L'istante ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- dal 20 aprile 2011, a causa di un problema generato dal software preinstallato sull'apparato Blackberry Bold 9780, sul quale era attiva un'utenza business, l'istante aveva avuto vari disservizi della linea voce e dati (ripetute interruzioni delle conversazioni, blocchi in ricezione e trasmissione traffico dati, spegnimenti improvvisi, impossibilità di utilizzo della tastiera e di connettersi con le reti wi-fi, batterie scariche senza utilizzo);
- nonostante tre sostituzioni dell'apparato, i disservizi tecnici persistevano;
- con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva un indennizzo di Euro 10.000,00 per ogni mese di disservizio e la "sostituzione apparato difettato con Blackberry Bold 9780 nuovo in garanzia e non rigenerato";
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'istante chiedeva un indennizzo di Euro 15,00 die come da Carta Servizi per sei mesi non essendo l'apparato più in produzione, e un indennizzo di Euro 1.000,00 al mese per i disagi subiti per oltre sei mesi, per complessivi Euro 8.700,00. Telecom proponeva la sostituzione dell'apparato con altro nuovo della stessa tipologia ed un indennizzo di Euro 900,00, pari ad Euro 5,00 die come da Delibera 73/11/CONS. L'istante non accettava la proposta, contestando la condotta dell'operatore. L'udienza si concludeva pertanto con esito negativo;
- con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva l'applicazione della Carta servizi TIM, l'applicazione dell'indennizzo previsto da AGCOM per utenze business, la sostituzione dell'apparato Blackberry Bold 9780 con firmware 6.0 con apparato di stessa gamma Blackberry Bold 9900 con firmware 7.0, risarcimento danni di Euro 5.000,00;
- con memoria del 21 novembre 2012, l'operatore eccepiva in via preliminare l'inammissibilità dell'istanza perché contenente domande nuove e di natura risarcitoria. Nel merito, contestava la fondatezza delle avverse domande, e precisava di aver già sostituito il primo terminale con un secondo nuovo, il 20 giugno 2011. Evidenziava di essere obbligata a riparare o sostituire l'apparato oggetto del contratto sottoscritto, con altro modello identico, e non con altro modello, anche considerata la sua ancora attuale commercializzazione, e di essere disponibile alla riparazione gratuita o alla sostituzione del terminale, a mero scopo conciliativo. Produceva poi le fatture dalle quali risultano prodotti traffico voce e traffico dati, contestando il lamentato mancato funzionamento del terminale. Infine, sottolineando la mancanza di elementi probatori delle domande dell'istante, precisava che l'indennizzo per mancata sostituzione del prodotto non è previsto nè dalla Carta

servizi, né dalla Delibera 73/11/CONS e che non è stato indicato il tipo di disservizio da cui discenderebbe il diritto all'indennizzo, né il termine temporale. Concludeva pertanto chiedendo il rigetto delle domande;

- con memoria di replica, l'istante, in via preliminare, contestava le eccezioni sollevate dall'operatore e ribadiva l'ammissibilità dell'istanza di definizione, non contenente domande nuove, bensì mere integrazioni conseguenti al protrarsi dei disservizi. Nel merito, insisteva nella fondatezza delle domande, precisando: a) l'obbligo in capo a Telecom di garanzia contrattuale del prodotto commercializzato con il marchio TIM; b) la sostituzione nel listino dei prodotti del modello Blackberry Bold 9780 con il modello Blackberry Bold 9790 e 9900; c) che il traffico telefonico documentato da Telecom è stato generato con un Blackberry Bold 9900 acquistato autonomamente dall'utente al fine di poter continuare ad utilizzare il proprio contratto e non dal Blackberry Bold 9780 restituito presso un punto vendita TIM.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

Le eccezioni preliminari svolte dall'operatore di inammissibilità delle domande perché nuove e risarcitorie vengono rigettate perché infondate.

In primo luogo, non vi è diversità tra le domande svolte dalla ADGMH in sede di conciliazione e in sede di definizione, che, in entrambi i casi, sono di sostituzione dell'apparato e di liquidazione di indennizzi per i disservizi. Né costituisce domanda nuova la eventuale diversa misura dell'indennizzo richiesto, la cui quantificazione, ove dovuto, è rimessa all'Autorità adita.

Così l'eccezione di inammissibilità dell'istanza perché avente ad oggetto richieste di risarcimento del danno, è palesemente infondata, avendo l'utente espressamente richiesto la liquidazione di indennizzi, tali dovendosi intendere anche quelli formulati con riferimento ai danni e disagi subiti a causa del protrarsi del disservizio, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione e sulla base della documentazione prodotta.

La domanda volta alla sostituzione dell'apparato si ritiene superata dalla cessazione del rapporto contrattuale con Telecom, avvenuta successivamente alla richiesta ed in pendenza del procedimento di definizione, come dichiarato dall'utente stesso con la memoria di replica del 3 dicembre 2012.

2.2. Nel merito

L'istante lamenta il difettoso funzionamento dell'apparato Blackberry Bold 9780, oggetto del contratto Multibusiness sottoscritto, riscontrato nel primo e in tutti i successivi apparati forniti dall'operatore, in sostituzione del primo. Il malfunzionamento lamentato consisteva in ripetute interruzioni delle conversazioni, blocchi in ricezione e trasmissione traffico dati, spegnimenti improvvisi, impossibilità di utilizzo della tastiera e di connettersi con le reti wi-fi, batterie scariche senza utilizzo.

L'operatore contesta il malfunzionamento, producendo le fatture da cui risulta prodotto sia traffico voce che traffico dati.

E' pacifico che tra le parti sia stato stipulato un contratto "Multibusiness" con la fornitura del Blackberry 9780.

E' provato altresì che Telecom ha effettuato, più volte, la sostituzione dell'apparato, che presentava però sempre le stesse problematiche.

Ciò premesso, 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.

Nella fattispecie, a fronte dei dedotti ripetuti ed analoghi malfunzionamenti dei terminali, lamentati dall'utente, spettava dunque a Telecom provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, nonchè di avere svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio o che l'inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

Dai documenti in atti, viceversa, non risulta posta in essere dall'operatore alcuna attività concreta ed effettiva per la risoluzione definitiva del problema, la cui esistenza si desume anche dalla ripetuta sostituzione degli apparati effettuata dall'operatore stesso.

Né le fatture prodotte possono provare alcunchè in ordine al funzionamento del terminale, dal momento che il traffico voce e dati in esse documentato ben potrebbe essere stato effettuato,

come dichiarato dall'istante, da un altro apparato. E comunque, il tipo di disservizi lamentati dall'utente è compatibile con l'effettuazione di traffico voce e dati.

Se quindi alcun inadempimento è imputabile a Telecom sotto il profilo della garanzia contrattuale, avendo ottemperato agli obblighi previsti dal codice del consumo con la sostituzione degli apparati, purtuttavia si ritiene che l'operatore, non avendo provveduto alla risoluzione del malfunzionamento dei servizi lamentato dall'utente, si sia reso inadempiente agli obblighi contrattualmente assunti, con conseguente diritto dell'istante alla liquidazione di un indennizzo, da computarsi per il periodo dal 20 aprile 2011 (data di inizio del disservizio, secondo quanto dichiarato dall'istante e desumibile dalle e mail di contestazione) al 14 novembre 2011 (data dell'istanza di definizione ed alla quale il problema risulta ancora persistente).

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, considerato che nella fattispecie si è trattato di una irregolare e discontinua erogazione di servizi, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 5.2, 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 2.080,00.

2. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*".

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 200,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dalla ADGMH nei confronti dell'operatore Telecom sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 200,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla ADGMH ITALIA [REDACTED] in data 14 novembre 2011.

La società Telecom Italia [REDACTED] è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 2.080,00 (duemila ottanta/00) a titolo di indennizzo per i malfunzionamenti lamentati, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 200,00 (duecento/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'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

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

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 3 aprile 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente Responsabile del Procedimento

Livio Sviben

Fto