

DELIBERA N. 76/12/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 30.11.2012;

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 20 luglio 2011, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/461/2011, 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 12 ottobre 2011 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 11 novembre 2011, con la quale Telecom ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

VISTA la nota del 11 novembre 2011, con la quale l'istante ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

VISTA la nota del 21 novembre 2011, con la quale Telecom ha presentato la memoria di replica;

VISTA la nota del 21 novembre 2011, con la quale l'istante ha presentato la memoria di replica;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

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

- in data 4 marzo 2011, l'utente constatava l'impossibilità di ricevere ed inviare posta elettronica dai due apparati Blackberry in comodato d'uso, sui quali erano attive due utenze multibusiness, e precisamente le n. ██████████4400 e n. ██████████3222;
- il reclamo telefonico al Servizio Assistenza Clienti Business del 5 marzo 2011 rimaneva senza effettivo riscontro, limitandosi l'operatore a riferire che, trattandosi della giornata di sabato, l'utente sarebbe stato ricontattato da Telecom il lunedì. Anche i successivi reclami restavano inevasi;
- con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva quindi un indennizzo di Euro 2.500,00 per ciascuna utenza, oltre all'applicazione di quanto previsto dalla Carta Servizi, riservandosi di agire civilmente per i danni subiti e subendi;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente quantificava in complessivi Euro 6.500,00 l'indennizzo richiesto, di cui Euro 1.500,00 come da Carta Servizi per entrambe le utenze per i disservizi lamentati sino alla risoluzione del contenzioso, e Euro 2.500,00 per singola utenza. Telecom per il disservizio dal 4 al 7 marzo 2011 offriva la somma di Euro 250,00, non accettata dall'utente. L'udienza si concludeva quindi con esito negativo;
- con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva l'applicazione della Carta Servizi con un indennizzo giornaliero di Euro 15,00 per singola utenza dalla data di contestazione alla data di definizione del procedimento, un indennizzo di Euro 5.000,00 per singola utenza, l'applicazione di sanzioni per la violazione delle normative previste dal Regolamento AGCOM;
- con memoria dell'11 novembre 2011, 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, chiedendone il rigetto e precisava che: a) il problema lamentato il 5 marzo 2011 era stato chiuso l'11 marzo 2011 con la seguente causale: "insufficienza di dati [causale: si prega di specificare IMSI, stato dell'IMSI (se risulta attivo o disattivo)], utenza, tipologia dell'utenza (contratto business/consumer o prepagato), intestatario e elenco degli STS che devono essere riallineati"; b) l'operatore aveva sostituito l'apparato in data 20 giugno 2011 con altro apparato nuovo, a noleggio zero e manutenzione gratuita, presupponendo l'istante che si trattasse di un problema legato al terminale; c) nelle date indicate dall'istante, lo stesso aveva usufruito della connessione internet in maniera pressoché ininterrotta, come dai dati di traffico prodotti; d) i saltuari disservizi lamentati riguardavano l'invio e la ricezione delle e mails e la navigazione internet, non il servizio fonia, con ciò potendosi presumere una copertura non omogenea del segnale nella zona ove il cliente operava, o episodiche o molto brevi interruzioni del segnale. In ogni caso, concludeva l'operatore, l'asserito disservizio lamentato il 5 marzo venne risolto il 7 marzo, primo giorno lavorativo successivo, e pertanto la somma offerta di Euro 250,00 per i tre giorni di asserito disagio rappresentava un importo superiore a quello previsto dalla Delibera 73/11/CONS;

- con memoria dell'11 novembre 2011, l'istante precisava che il disagio iniziato il 4 marzo 2011 non si era affatto risolto il 7 marzo 2011, nel senso che l'apparato indicava la possibilità di accedere al traffico dati, ma di fatto il servizio di posta elettronica Blackberry e la navigazione internet non funzionavano. A dimostrazione di quanto sopra, produceva la e mail di contestazione del 9 marzo 2011, cui veniva dato riscontro con e mail del 21 e 22 marzo 2011 e veniva messo a disposizione dell'utente un nuovo apparato Blackberry e la corrispondenza intercorsa con il Servizio Assistenza Clienti dalla quale risultava che il disservizio dell'apparato si era manifestato nuovamente il 16 maggio 2011 e il 26 maggio 2011 e che, in entrambi i casi, l'apparato era stato sostituito con altro. Affermava inoltre che, persistendo i problemi di connessione, il 20 giugno 2011 veniva fornito un ulteriore apparato Blackberry Bold 9780, ma che, alla data della memoria, i problemi non erano ancora conclusi. Infine replicava che la documentazione prodotta dall'operatore era ininfluyente, perché i collegamenti dati erano solo consentiti sulle pagine TIM e non su altre pagine; che l'operatore aveva omesso di produrre i file di log, "unico documento di rete (proveniente dai server) veritiero e certo per poter comprovare l'effettiva navigazione sui siti voluti, le date di accesso, le pagine visitate, il tempo trascorso ecc...", in quanto il traffico dati effettuato dal Blackberry avviene sui server di RIM Research in Motion ubicati in Canada; che l'operatore non aveva prodotto la corrispondenza e le segnalazioni alla RIM Blackberry dalle quali aveva appreso i problemi del software 6.0 installato sul Blackberry 9780, difatti non più esistente e sostituito da nuovi apparati con software 7.0. Insisteva quindi nelle domande svolte chiedendo il rigetto delle eccezioni preliminari sollevate dall'operatore ed evidenziando di aver ricevuto solo parte dei documenti da quest'ultimo prodotti;
- con memoria del 21 novembre 2011, l'operatore chiedeva lo stralcio della memoria difensiva dell'istante per violazione del principio del contraddittorio, in quanto contenente repliche alle deduzioni di Telecom che avrebbero dovuto essere effettuate nel successivo termine. Nel merito eccepiva la pretestuosità e la mancanza di supporto probatorio delle avverse dichiarazioni, contrarie per il tono e i contenuti allo spirito conciliativo del procedimento in itinere; evidenziava che il malfunzionamento lamentato era imputabile al terminale in uso, più volte sostituito dall'operatore in adempimento dell'obbligo contrattuale; precisava di aver inviato all'utente la documentazione con raccomandata a/r del 17 novembre 2011, consentendo così l'esercizio del diritto di replica nel termine concesso; contestava la congruenza della produzione documentale dell'istante;
- con memoria del 21 novembre 2011, l'istante contestava la lettera di Telecom, pervenuta fuori dai termini assegnati dal Corecom, ribadendo la legittimità della documentazione prodotta. Evidenziava che la difesa di Telecom aveva introdotto aspetti contrattuali relativi ad una sola delle due utenze, omettendo peraltro di fornire le condizioni contrattuali sottoscritte e previste al momento della stipula; che l'operatore stesso aveva dimostrato di avere inviato solo 38 delle 56 pagine degli allegati alla memoria, con ciò ledendo il diritto di difesa.

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.

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

In primo luogo, è evidente l'identità tra le domande svolte dalla ADGMH in sede di conciliazione e in sede di definizione. In quest'ultima infatti, l'istante, nell'oggetto della controversia, si riporta interamente "al formulario UG ed a quanto dichiarato nel mancato tentativo di conciliazione", atti nei quali le domande sono sufficientemente precisate e niente affatto generiche. Non 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 perchè avente ad oggetto "il risarcimento del danno da far valere in sede giurisdizionale", è palesemente infondata, avendo l'utente espressamente richiesto la liquidazione di indennizzi, ed essendosi riservato di agire separatamente per i danni subiti.

Vengono infine rigettate la domanda di stralcio svolta da Telecom con riferimento alla memoria del 11 novembre 2011 dell'istante e la contestazione dell'istante con riferimento alla memoria di Telecom del 21 novembre 2011, per le seguenti ragioni.

Sostiene l'operatore che la memoria depositata dall'istante in data 11 novembre 2011 violerebbe il principio del contraddittorio, contenendo repliche alle deduzioni svolte nella memoria dell'operatore depositata in pari data, con ciò impedendo a Telecom di avvalersi del secondo termine concesso dal Corecom proprio per replicare alle avverse difese. In merito, si rileva che nessuna violazione del principio del contraddittorio è ravvisabile, vuoi perché la memoria contiene elementi che la rendono perfettamente coerente al disposto dell'art.16, comma 2 del Regolamento, vuoi perché in ogni caso il gestore ha avuto la facoltà di replicare nel secondo termine assegnato ai sensi del medesimo articolo, vuoi infine perché tale sanzione non troverebbe fondamento in alcuna norma giuridica.

L'infondatezza dell'eccezione risulta chiaramente dalla lettura degli atti. Seppure infatti la prima memoria dell'istante contiene repliche alla memoria di Telecom trasmessa il medesimo giorno alcune ore prima, la stessa contiene però anche deduzioni di fatto e di diritto, cui Telecom avrebbe potuto replicare, come in effetti replica, nel secondo termine concesso dal Corecom.

Da parte sua, l'istante chiede lo stralcio della nota di Telecom pervenuta fuori dai termini assegnati, contestando altresì l'invio di solo parte della documentazione allegata alla memoria.

Se effettivamente dal report del fax trasmesso dall'operatore all'istante in data 11 novembre 2011 risultano inviate un numero di pagine inferiori rispetto a quelle complessive, è pur vero che ciò è dipeso da motivi tecnici e che, contestando la circostanza, l'utente precisò che avrebbe considerato la decorrenza del termine per le repliche dalla data del completo invio della documentazione. Onere cui l'operatore ha adempiuto a mezzo raccomandata a/r del 17 novembre 2011. La memoria di Telecom del 21 novembre 2011 è in ogni caso tempestiva ed ammissibile

2.2. Nel merito.

L'istante lamenta l'impossibilità della navigazione e dell'utilizzo di posta elettronica Blackberry su due apparati Blackberry forniti in comodato d'uso in forza di due contratti per utenze mobili multi business, a far data dal 4 marzo 2011. Nonostante le contestazioni svolte e le sostituzioni di uno dei due apparati, il problema persisteva ancora alla data dell'11 novembre 2011 (data della prima memoria).

L'operatore asserisce che il reclamo, preso in carico il 5 marzo 2011, effettuati i controlli del caso, veniva chiuso l'11 marzo 2011 con causale "insufficienza di dati", ma che il disservizio, secondo quanto affermato da controparte, si sarebbe risolto in data 7 marzo 2011. Afferma poi che nelle date indicate l'utente aveva usufruito della connessione internet in maniera pressoché ininterrotta e che in data 20 giugno 2011 l'operatore aveva provveduto alla sostituzione del Blackberry, avendo il cliente individuato in un problema hardware l'impossibilità di utilizzare a pieno la connessione ad internet.

L'utente contesta di aver affermato che il disservizio si sia risolto il 7 marzo 2011 e produce e mail di contestazioni e di reclami successivi a tale data.

Dall'esame della documentazione prodotta da entrambe le parti, si evincono le due seguenti circostanze. La prima è che nessuna deduzione è stata svolta dall'operatore in ordine al disservizio relativo all'utenza n. ██████████3222 e la seconda, che il disservizio veniva dall'utente lamentato più volte, anche dopo il 7 marzo 2011, tanto che, ancora alla data del 20 giugno 2011, l'operatore provvedeva ad una nuova ulteriore sostituzione dell'apparato connesso all'utenza n. ██████████4400.

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 del dedotto malfunzionamento dei servizi lamentato dall'utente, spettava dunque a Telecom provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, nonché 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 del malfunzionamento dei servizi, come dimostrano il primo ticket di segnalazione, chiuso con causale "insufficienza di dati", e la continua sostituzione degli apparati.

Si ritiene quindi 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 5 marzo 2011 all'11 novembre 2011, data in cui risultano ancora persistenti i problemi, come dichiarato nella coeva memoria.

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 2.510,00.

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 (duecento/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 (duecento), 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 ■■■ in data 20 luglio 2011.

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

- a) Euro 2.510,00 a titolo di indennizzo per il malfunzionamento dei servizi;
- b) Euro 200,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura

oltre interessi legali sulla somma di cui al punto a) a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

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, 30 novembre 2012

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Ines Dominici

Fto