DELIBERA DL/009/16/CRL/UD del 08 febbraio 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx ZAMMITO / TELECOM ITALIA xxx

(LAZIO/D/1039/2014)

IL CORECOM LAZIO

Nell'udienza del 08 febbraio 2016;

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";

VISTO 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;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", di seguito "Regolamento";

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";

VISTA l'istanza dell'utente sig. xxx Zammito presentata in data 23.12.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha lamentato nei confronti di Telecom Italia xxx di seguito per brevità "Telecom", il malfunzionamento del servizio e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell'audizione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

a. titolare della numerazione mobile xxxxxx191 con Tim, ha lamentato che dalla data del 23.06.2013 non ha potuto fruire compiutamente dei suoi servizi principali (voce, internet e SMS) e di tutti i suoi servizi accessori (MMS, videofonia, email ibox, segreteria telefonica, trasferimento di chiamata) sia in entrata che in uscita con continue cadute di linea seppur sotto piena copertura di rete; oltre alla difficoltà di connettersi ad internet, di mantenere la connessione e di utilizzare i servizi accessori;

c. ha inviato numerosi reclami all'operatore, senza alcun intervento da parte di questo, né risposta;

d. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso nell'udienza del 25.09.2014, si concludeva con esito negativo.

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

- i. L'indennizzo per il malfunzionamento dei servizi principali;
- ii. L'indennizzo per il mancato funzionamento dei servizi accessori;
- iii. L'indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
- iv. Oltre alle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore Telecom.

Telecom nella propria memoria difensiva, ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità dell'istanza per non avere l'istante utilizzato i formulari obbligatori, in violazione della delibera 276/13/CONS.

Sempre in via preliminare deduceva l'inammissibilità dell'istanza per aver l'istante formulato richieste nuove rispetto a quelle avanzate in primo grado in violazione dell'art. 12 comma 3 delibera 597/11/CONS.

Nel merito l'operatore deduceva che nulla di quanto affermato dall'istante è supportato da documentazione idonea a riscontrare l'assunto e che in ogni caso l'operatore aveva effettuato, a seguito delle segnalazioni dell'utente, i controlli di rete necessari che tuttavia non evidenziavano alcun disservizio; tant'è che veniva invitato a provare la sim su altro terminale.

L'utente pertanto era stato assistito con invio di sms o mediante recall che lo aggiornavano sulla lavorazione della propria richiesta, lo informavano non essere previsto alcun rimborso, concordando di omettere la risposta scritta.

Tuttavia in occasione di altrettanti reclami scritti, l'operatore provvedeva a rispondere per iscritto con note del 1.10.2013 e 26.11.2013 versate in atti. In tali comunicazioni si argomentava diffusamente sul fatto che le funzionalità del servizio radiomobile risentissero di molteplici fattori (geografici, climatici, tecnici) tali da ostacolare, solo in alcuni momenti ed in alcune località, la connessione e che pertanto gli stessi non fossero direttamente imputabili all'operatore.

Inoltre, essendo stato l'utente in costante contatto con il supporto tecnico Telecom, non si ravvedeva alcun inadempimento del gestore.

3. La replica dell'utente

L'utente, nel merito, contestava di aver ricevuto adeguata assistenza tecnica in occasione dei contatti con il call center, né di aver ricevuto informazioni sui controlli effettivamente condotti sulla rete, né dei riferiti esiti di regolarità e funzionalità della stessa per le zone interessate; anzi, che già dalle prime segnalazioni di fine giugno, gli operatori evidenziavano che i disservizi lamentati erano largamente diffusi tra clienti di alcune regioni italiane e che per quanto noti, non venivano risolti.

Contestava inoltre di aver mai concordato con gli operatori dell'assistenza di chiudere le pratiche di reclamo senza risposta scritta, e di aver mai ricevuto presso il proprio domicilio o casella email le allegate risposte del 1.10.2013 e 26.11.2013.

4. Motivazione della decisione

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

Sono rigettate le eccezioni preliminari sollevate dall'operatore per i motivi seguenti.

Non sussiste la dedotta violazione della Delibera 173/07/CONS art. 16.2bis per il mancato utilizzo dei formulari: il loro utilizzo è una facoltà e non un obbligo per gli utenti, ben potendo le istanze di conciliazione, di definizione e di adozione di provvedimento d'urgenza essere presentate senza il ricorso ai detti formulari, purchè complete di tutti i requisiti e gli elementi essenziali previsti dagli artt. 7 e 14 del Regolamento.

A supporto di tale interpretazione sono gli stessi artt. 7.4 e 14.5 del Regolamento, che dispongono che l'istanza *“può anche essere inoltrata”* compilando il formulario UG o GU14, nonché il paragrafo I.2 delle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (approvate con Delibera 276/13/CONS), ove si legge: *“Ai sensi degli articoli 5, comma 4, 7, comma 4, e 14, comma 5, per la proposizione delle istanze possono essere utilizzati, rispettivamente, i formulari GU5, UG e GU14 predisposti dalla Direzione. Ciascun Corecom propone l'utilizzo dei suddetti formulari sul proprio sito internet o presso la propria sede, inserendo la propria intestazione nell'apposito spazio del formulario. Non sono ammessi ulteriori formulari”*.

In essi dunque si fa riferimento ad un possibile (non obbligatorio) utilizzo di formulari GU5, UG e GU14 per la presentazione delle istanze, a formulari proposti (non imposti) da ciascun Corecom sul proprio sito internet o presso la sede, all'inammissibilità solo di ulteriori formulari (non di istanze) diversi dai suddetti.

Da rigettare anche la denunciata violazione del doppio grado di giudizio per non essere le domande coincidenti con quelle esposte nel procedimento conciliativo, in quanto diverse nell'ammontare delle somme richieste.

E' evidente che la verifica di corrispondenza tra le deduzioni svolte nei due procedimenti, come chiarito anche dalle richiamate Linee Guida (punto II.1.3- Qualificazione delle istanze) non implica il requisito dell'identità delle stesse ma dell'identità del fatto/inadempimento oggetto di controversia, mentre le correlate richieste economiche possono essere interpretate in modo ancor più sfumato, considerato che la definizione è in ogni caso a contenuto vincolato e la quantificazione degli indennizzi, sulla base di regole predeterminate, è compito essenzialmente dell'organo adito.

Sempre in applicazione delle Linee Guida, si deve tuttavia rilevare, una violazione del principio di sinteticità degli atti sin dalla precedente fase del tentativo obbligatorio di conciliazione, che difetta palesemente del requisito di chiarezza e sinteticità, anche nella veste grafica, richiesto dall'art. 16, comma 2bis, Delibera 173/07/CONS; nonché in occasione della redazione della memoria difensiva e di quella di replica nell'ambito del presente procedimento di definizione, inutilmente prolisse rispetto allo scopo difensivo cui le predette memorie sono destinate oltre che inutilmente ripetitive di argomenti già diffusamente trattati con l'istanza di definizione e con la precedente istanza di conciliazione e relativi a fattispecie decisamente poco complessa .

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

4.1 Sul malfunzionamento del servizio.

L'istante ha dedotto che dalla data del 23.06.2013 non ha potuto fruire compiutamente dei suoi servizi principali (voce, internet e SMS) e di tutti i suoi servizi accessori (MMS, videofonia, email

ibox, segreteria telefonica, trasferimento di chiamata) oggetto di frequenti cadute e rallentamenti di rete.

Premesso che dalla descrizione dei disservizi subiti e dagli stessi tabulati prodotti a titolo esemplificativo dall'utente, emerge chiaramente che si è trattato di un parziale e discontinuo funzionamento del servizio che non ha comportato l'interruzione totale dello stesso, si precisa, a delimitazione dell'oggetto di controversia, che non è condivisibile la prospettazione offerta dall'utente, di scissione delle funzionalità dell'utenza in servizi di fonia e dati, nonché in quella ulteriore di servizi principali e accessori, suscettibili come tali di autonomi indennizzi, in ragione della peculiarità tecnico-commerciale che distingue la telefonia mobile da quella fissa, laddove alle utenze mobili sono comunemente associate una serie di funzionalità già originariamente pertinenti al pacchetto di connessione in mobilità, con modalità di erogazione e fruizione delle stesse altrettanto unitarie ed inscindibili. Tale valutazione riguarda pertanto sia il servizio internet che, viepiù, quelli accessori, da considerarsi inscindibili dall'unitario servizio fonia/dati in mobilità.

In punto di diritto 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 spettava 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 ad essa non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

Tale onere probatorio non è stato pienamente assolto da Telecom che si è limitata ad affermare di aver svolto le verifiche tecniche necessarie a stabilire che nelle zone di pertinenza non risultavano disservizi di rete, di aver correttamente informato e assistito l'utente attraverso il supporto tecnico messo a disposizione dei clienti, nonché di aver spiegato le caratteristiche tecniche del servizio rispetto a quanto lamentato, con due comunicazioni scritte

Tuttavia, a parte le risposte scritte del 1.10.2013 e del 26.11.2013 –che l'utente nega di aver mai ricevuto- non vi è prova dell'attività tecnica svolta dal gestore a seguito delle segnalazioni dell'utente e pertanto l'operatore non può ritenersi esente da responsabilità .

In forza di quanto sopra, deve ritenersi che la condotta di Telecom non sia stata conforme al principio sancito dall' art. 3 comma 4 della Delibera n. 179/03/CSP, nè al principio generale di continuità previsto dalla Carta del Cliente e che sussista in capo all'operatore una responsabilità

contrattuale per il malfunzionamento del servizio (che non ha comportato l'interruzione totale del servizio), con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Ai sensi pertanto dell'art.5 comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, all'utente spetterebbe per il periodo interessato a decorrere dalla prima segnalazione provata, cioè dal 3.7.2013 al 20.8.2014, data dedotta di passaggio dell'utenza ad altro gestore, un indennizzo pari ad Euro 1.032,00.

Tuttavia con riferimento all'oggetto di controversia, la valutazione sulla debenza ed entità dell'indennizzo, non può avvenire in maniera totalmente automatica e svincolata dalla fattispecie concreta che attiene alla funzionalità del servizio radiomobile, il quale riveste caratteristiche tecniche specifiche tali da delimitare i profili di responsabilità dei gestori telefonici.

Come pure avallato da giurisprudenza Agcom (cfr. Delibera n.92/15) *“occorre fare riferimento alla stessa natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile che, così come indicato nelle condizioni generali di contratto e nella carta servizi, consente al titolare la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale ed internazionale, fermo restando che in alcune zone territoriali è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da svariati motivi. Non esiste al riguardo, alcun obbligo volto a garantire la totale copertura territoriale dei propri servizi, per il quale, in caso contrario, potrebbe essere invocato un qualsivoglia inadempimento”*.

Conformi sul punto, sono le Condizioni Generali di Abbonamento ai servizi Mobili di Telecom :
“La copertura territoriale del Servizio può subire variazioni anche importanti e di carattere sia temporaneo che permanente in dipendenza di fattori geografici, climatici e tecnici. In particolare, TI si impegna a garantire la disponibilità del Servizio entro i limiti di copertura, ma non può garantire che la copertura territoriale del Servizio comprenda ogni specifica località. Nello stesso modo, TI si impegna a garantire la continuità del Servizio, ma non può garantire che il Servizio sia accessibile al Cliente in uno specifico momento.”

L'efficienza del servizio che permette la “connessione in mobilità”, è quindi in *re ipsa* condizionata da fattori contingenti e variabili in relazione alle circostanze spazio-temporali che non consentono all'operatore di garantire l'accessibilità in uno specifico momento ed in ogni località in cui si sposti il fruitore e ciò vale a limitarne la responsabilità, salvo i già esaminati profili di inadempimento per non aver provato l'attività tecnica svolta ai fini della verifica della copertura di rete che in ogni caso era attività dovuta quale assistenza al cliente.

Quest'ultimo, d'altro canto, nel riferire di aver avuto contatti telefonici con l'assistenza a smentita delle asserzioni dell'operatore sul contenuto delle informazioni rese, ha ammesso di aver saputo già dai primi contatti alla “fine del giugno 2013” che il problema aveva largamente impattato il bacino clienti Telecom in specifiche regioni italiane e che il problema non era di facile soluzione, dato che i reclami svolti dagli utenti, pur dopo diversi mesi, erano ancora in “asserita gestione” .

Tale consapevolezza, avrebbe indotto un utente medio, con ordinarie esigenze di consumo, a rivolgersi ad altro operatore in grado di fornire un servizio più efficiente, se non nell'immediato, almeno nei mesi successivi, al verificarsi cioè di quanto asseritamente preconizzato dal servizio clienti sulla difficile ed incerta soluzione del problema. L'utente ha invece effettuato una MNP verso altro gestore solo in data 20.8.2014, cioè dopo 14 mesi di asseriti disservizi sull'utenza mobile.

I suddetti elementi sono idonei pertanto a configurare l'applicabilità al caso in esame dell'art.1227 del c.c., alla stregua del quale pare equo e ragionevole applicare una decurtazione del 50% all'ammontare dovuto, per un importo pari ad Euro 516,00.

4.2. Sulla mancata risposta ai reclami

Risultano agli atti numerosi reclami verso Telecom tutti del medesimo tenore, il primo dei quali risale al 3.07.2013. Le risposte depositate da Telecom sono state recisamente contestate dall'utente, il quale nega di averle mai ricevute.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la tardiva risposta da parte del gestore, da cui è derivata per l'utente una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP.

Pur avendo ammesso l'utente di essere stato "gestito" per le vie brevi dal Servizio Clienti, l'esito negativo del reclamo, la mancata risoluzione del problema per fatto concludente, imponevano una risposta scritta.

Non è tuttavia accoglibile la visione dell'utente di due gruppi di reclami di contenuto diverso (malfunzionamento sui servizi principali e accessori), sia perché i servizi accessori sono stati aggiunti alle doglianze sui servizi principali, sia perché il malfunzionamento è stato sincronico tra tutti i servizi e pertanto lo sdoppiamento dei reclami appare artificioso e strumentale, sia infine perché è di tutta evidenza che l'asserito disservizio riguardante la rete era indifferentemente impattante su tutte le funzionalità e postulava, nel caso, una sola risposta.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 11.1 e 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS e dell'art. 7.14 (Reclami) delle c.g.c. e Carta Servizi Telecom, considerato che il primo reclamo è stato svolto il 3.7.2013, considerato il periodo di tempo previsto per la risposta (30 giorni) e quello intercorso fino alla data della portabilità verso altro gestore, quando l'aspettativa di risposta e/o risoluzione della problematica poteva ritenersi superata, viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 300,00 (sull'applicazione dei limiti indennitari cfr. Del. Agcom 276/13/CONS del 11.4.2013, Par.III.5.3, pag.16).

5. Sulle spese del procedimento.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura: visto il combinato disposto di cui agli artt. 16.2 bis e 19.6 del Regolamento Agcom 173/07/CONS e s. m. in tema di violazione del dovere di sinteticità e chiarezza degli atti e le relative Linee Guida interpretative dettate da ultimo con Del. 273/13/CONS, Par. III.5.4 (*Spese di procedura*), che al comportamento complessivamente tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e definizione collegano ogni opportuna

valutazione dell'Autorità in tema di riconoscimento di indennizzi e spese di procedura, anche indipendentemente dall'esito del giudizio; si ritiene congruo compensare le spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente le domande proposte dal sig. xxx Zammito nei confronti della società Telecom Italia xxx;
2. La società Telecom Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. euro 516,00 (cinquecento sedici/00) a titolo di indennizzo ex 5 comma 2 allegato A Delibera 73/11/CONS;
 - ii. euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo ex articolo 11 commi 1 e 2 Allegato A Delibera 73/11/CONS
3. Le società Telecom Italia xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. 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 sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 08 febbraio 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto