

Co.Re.Com. Cal./FG

DELIBERAZIONE N.124

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA – STIVILLA XXXXXXX C/ LINKEM XXXX**

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 15/05/2014, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e ss.mm. e ii.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e ss.mm. e ii.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "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;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 31 dicembre 2013, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 55951, con cui la sig.ra Stivilla XXXXX ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Linkem, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e ss. mm. e ii.;

la nota del 9 gennaio 2014, prot. n. 973, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La ricorrente ha dichiarato quanto segue:

l'11 marzo 2013, ha aderito telefonicamente all'offerta di abbonamento denominata "No Limits" per la linea Adsl. A distanza di qualche giorno gli è stato attivato il servizio;

sin dall'inizio, e nello specifico già il 24 marzo, il servizio funzionava "a singhiozzo", con ripetute disconnessioni, e periodi di totale assenza (non ha mai funzionato correttamente per un'intera giornata);

dalla metà del mese di giugno la fruizione del servizio peggiorava, risultando completamente non funzionante; ha contattato più volte l'assistenza commerciale ed amministrativa, ed il 21 agosto ha inoltrato un reclamo a mezzo fax che però non ha ricevuto nessun riscontro;

con nota del 19 settembre, inoltrata a mezzo raccomandata, è stata avanzata richiesta di indennizzo per violazione degli oneri contrattuali;

Linkem non è mai intervenuta in loco al fine di verificare natura e gravità del disservizio.

Per i suesposti motivi, l'8 ottobre 2013, è stato promosso presso questo Co.Re.Com., procedimento di conciliazione, conclusosi con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

Nelle more, il 10 ottobre, l'istante ha inoltrato un secondo reclamo, sempre a mezzo fax, riscontrato dalla Linkem il 14 ottobre.

Con istanza introduttiva del presente contenzioso, ha ribadito le proprie doglianze e, nello specifico, ha richiesto a questo Co.Re.Com., gli indennizzi per violazione degli oneri contrattuali di assistenza e manutenzione del servizio e per mancata gestione dei reclami, nonché le spese di procedura.

In seguito alla nota di avvio del procedimento, Linkem, con memoria del 10 febbraio 2014, ha evidenziato:

la cliente non fornisce alcuna indicazione sulla natura e sulla tipologia dei disservizi lamentati, né indica i giorni in cui detti servizi si sarebbero verificati;

dai sistemi Linkem risulta che il 31 luglio 2013 la cliente ha contattato per la prima volta il call center e lo stesso l'ha informata di un intervento di ottimizzazione della rete, iniziato e terminato nella medesima giornata;

il reclamo del 21 agosto 2013 non si è potuto riscontrare a mezzo e-mail poiché la cliente non ha fornito nessun indirizzo, gli è stato inviato un sms con cui gli veniva riconosciuto un indennizzo di € 20,00 da applicarsi nella successiva fatturazione; il reclamo del 18 settembre 2013 è stato riscontrato il 14 ottobre 2013; il reclamo del 10 ottobre 2013 non è mai pervenuto ed il rapporto di trasmissione risulta illeggibile riguardo la data di trasmissione.

Con memoria del 10 febbraio 2014, la ricorrente precisa ancora:

Linkem, sulla propria pagina web, alla sezione "*cosa faccio in caso di malfunzionamento del modem*", garantisce espressamente un'assistenza tecnica specializzata tempestiva. Con il contributo "*Modem senza pensieri*", garantisce la risoluzione di alcuni problemi e l'eventuale sostituzione del modem senza spese ed oneri aggiuntivi. Nell'ipotesi di malfunzionamenti non risolvibili dalla centrale, garantisce l'intervento di un tecnico specializzato presso l'abitazione;

la tecnologia utilizzata da Linkem e l'offerta commerciale proposta è sul mercato nazionale l'unica nel suo genere e le conseguenze scaturenti dalla mancata assistenza tecnica sono ancor più gravi.

Con memorie di replica del 17 febbraio, Linkem precisa:

l'eccezioni mosse dall'istante continuano ad essere generiche;

il reclamo è stato riscontrato;

la doglianza in merito alla mancata assistenza di un tecnico è stata accettata solo in questa sede ed è, comunque, frutto

di osservazioni personali, atteso che il disservizio è stato causato da un problema tecnico di interferenza presso la Base Station cui è associata la cliente, e non da un problema del Modem radio in suo possesso.

Con memorie di replica del 18 febbraio, l'istante ribadisce:

le problematiche relative al servizio ed al periodo di malfunzionamento sono state immediatamente evidenziate nell'istanza GU14 e, poi, nelle memorie;

il gestore ha riscontrato il primo reclamo del 21 agosto 2013 il successivo 14 ottobre.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

In via preliminare, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è, pertanto, proponibile ed ammissibile

Appare, inoltre, utile dar conto del comportamento tenuto dalle parti nelle due fasi procedurali e, dunque, evidenziare che l'operatore convenuto ha aderito all'udienza di conciliazione.

Inoltre, l'udienza di discussione per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata richiesta espressamente dalle parti e non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

2. Riguardo al merito.

2.1. Con riferimento all'irregolarità del servizio ed alla mancata assistenza

Entrando nel merito della fattispecie, deve osservarsi che l'istante ha riscontrato, sin dai primi giorni dall'attivazione dell'abbonamento in questione (24 marzo 2013), difficoltà nella connessione.

Il servizio non ha mai funzionato correttamente per un'intera giornata, ha funzionato "a singhiozzo" con ripetute disconnessioni e periodi di totale assenza. Dalla metà del mese di giugno la fruizione del servizio è peggiorata, risultando completamente non funzionante.

Per tale ragione, l'odierna ricorrente ha più volte contattato il call center, ed il 21 agosto ha inoltrato, come detto, un primo reclamo che non ha ricevuto nessun riscontro.

Da parte sua, nelle proprie memorie, Linkem si è limitata a precisare che la cliente non ha fornito alcuna indicazione sulla natura e sulla tipologia dei disservizi lamentati e che non ha nemmeno indicato i giorni in cui detti disservizi si sarebbero verificati, nel mentre non ha fatto nessun riferimento alla regolare erogazione del servizio.

Ne consegue che l'operatore non ha dimostrato di avere garantito l'erogazione del servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, quanto avrebbe dovuto fare in base al disposto dall'articolo 3 comma 4 della delibera 179/03/CSP ed alla luce dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sezione II, 20 gennaio 2010 n.936) che ha chiarito: "*il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.*"

Non è sufficiente rappresentare che il call center (in seguito al primo contatto del 31 luglio 2013) ha informato la ricorrente "di un intervento di ottimizzazione della rete, iniziato e terminato nell'arco della medesima giornata", è bensì necessario provare di aver assicurato la regolare e continua fornitura dei servizi.

Linkem, perdurando il disservizio (comprovato dai vari reclami inoltrati al gestore), non ha mai interloquuto con il cliente informandolo circa la natura, la gravità ed i tempi di risoluzione dello stesso.

Cosicchè, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, deve ritenersi la responsabilità contrattuale di questi, non avendo provato ex art. 1218 c.c., che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (cfr. DELIBERA N. 10/10/CRL).

Quanto sopra evidenziato, dunque, non esime la Linkem da responsabilità per inadempimento, ed in quanto tale implica la corresponsione di un indennizzo proporzionato al disservizio subito dalla ricorrente.

Ne consegue, che è accolta la domanda proposta dall'istante, in ordine alla richiesta di indennizzo per violazione degli oneri contrattuali di assistenza e manutenzione del servizio.

Il periodo da prendere in considerazione ai fini del calcolo del relativo indennizzo (non essendoci agli atti documenti che dimostrino i contatti al call center dal mese di marzo) decorrerà dal primo contatto al call center, ossia dal 31 luglio 2013 (data citata in memoria dall'operatore e, comunque, precedente al primo reclamo del 21 agosto 2013), fino alla presentazione dell'GU14 (31 dicembre 2013), considerato che a quella data il guasto non era stato ancora riparato.

2.2. Con riferimento alla mancata gestione del reclamo

Preliminarmente, è opportuno evidenziare che l'art. 11, comma 2, dell'Allegato A, alla Delibera n. 73/11/CONS, recita "L'indennizzo di cui al comma 1 è computato in misura unitaria (...) anche in caso di reclami reiterati o successivi, purchè riconducibili al medesimo disservizio".

Ciò precisato, il ricorrente documenta di avere inoltrato a mezzo fax il reclamo del 21 agosto 2013, con cui lamentava la totale e mancata fruizione del servizio, e di non aver ricevuto nessun riscontro.

Di converso, il gestore ribadisce che non si è potuto riscontrare a mezzo e-mail, poiché la cliente non ha fornito nessun indirizzo. Le è stato inviato un sms con cui le veniva riconosciuto un indennizzo di € 20,00 da applicarsi nella successiva fatturazione.

Tuttavia, dagli atti risulta la fattura con la voce "Rimborso per disservizio", ma nulla sul contenuto e sulla data dell'invio del messaggio.

Ciò posto, la mancata risposta scritta al reclamo inviato, da cui è derivata per l'utente una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'istante al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP.

Per quanto sopra esposto questo Comitato ritiene di poter riconoscere l'indennizzo per mancata risposta al reclamo.

2.3 Con riferimento agli indennizzi

Per quanto evidenziato al punto 2.1, Linkem è tenuta a liquidare in favore dell'istante la somma complessiva di € 382,50 (trecentottantaquattro/50), a titolo di indennizzo per irregolare o discontinua erogazione del servizio non accessorio, calcolata dal 31 luglio (data del primo contatto al call center dichiarata dall'operatore, non essendoci agli atti documenti che dimostrino i contatti al call center dal mese di marzo) al 31 dicembre 2013 (data di presentazione GU14), per complessivi giorni 153, al parametro giornaliero di € 2,50, per ogni giorno di malfunzionamento, ai sensi dell'art. 5, commi 2 e 3, delibera n. 73/11/CONS, allegato A.

Dalla predetta somma dovrà essere scorporato l'importo di € 20,00 (venti/00), già decurtato sulla fattura n. 13-411672 dell'1 gennaio 2013, a titolo "rimborso per disservizi".

In ordine alla misura dell'indennizzo per mancata risposta al reclamo, valutando il fatto che non è stata fornita una risposta chiara ed esaustiva dei motivi del disservizio e dei tempi di riparazione del guasto (nemmeno dopo la presentazione del GU14), Linkem sarà tenuta a corrispondere la somma di € 87,00 (ottantasette/00) dal 21 agosto 2013, (esclusi i 45 giorni necessari per rispondere al reclamo) al 31 dicembre 2013 (GU14), per complessivi giorni 87, al parametro di euro 1,00 per ogni giorno di ritardo, ai sensi dell'art. 11, comma 1, della delibera n. 73/11/CONS, all. A..

Ritenuto, altresì, che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.Re.Com. all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto, tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

3. Con riferimento alle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista 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, l'operatore convenuto ha aderito all'udienza di conciliazione ma non ha inteso effettuare alcuna offerta di definizione transattiva della controversia.

Per tali motivi, si ritiene equo liquidare € 100,00 (cento/00), per spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto;

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

- 1) La Linkem XXX è tenuta, in favore della sig. Stivilla XXXX., a liquidare, mediante assegno o bonifico bancario:
 - a) € 362,50 (trecentosessantadue/50) a titolo di indennizzo per irregolare o discontinua erogazione del servizio, per le ragioni indicate;
 - b) € 87,00 (ottantasette/00), a titolo di indennizzo per mancata gestione del reclamo;
 - c) € 100,00 (cento/00), a titolo rimborso delle spese di procedura.
- 2) Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- 3) E' fatta salva la possibilità per l'istante di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;
- 4) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";
- 5) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;
- 6) La Linkem XXX è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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' art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

I Componenti

F.to Prof. Carmelo Carabetta

F.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

F.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

F.to Avv. Rosario Carnevale