

DETERMINA 4 Fascicolo n. GU14/646868/2023**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA V. - TIM SpA (Kena mobile)****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. 390/21/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;

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 della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom” e succ. modif. e int.;

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitato regionali per le comunicazioni tra l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Calabria" sottoscritta dalle parti in data 14 febbraio 2023;

VISTA la Delibera n. 358/22/CONS del 12 ottobre 2022, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi”, articolo 20 (Decisione della controversia), comma 7: “La definizione delle controversie di modesta entità, che hanno a oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 euro alla data di presentazione della domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Responsabile della struttura(...);

VISTA l’istanza dell’utente V., del 24/11/2023 acquisita con protocollo n. 0303155 del 24/11/2023

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante riferisce: “(...)Da giorno 12 luglio 2023 decine di migliaia di comunicazioni presenti nella casella Alice Mail gestita da Tim (xxxxxxxxxxx@alice.it) sia della posta inviata e sia della posta ricevuta sono scomparse e non più presenti. In aggiunta a quanto successo fino al 29/08/2023 si comunica e si allega: - Centinaia,

se non migliaia di casi analoghi documentati - TIM non può interrogare il suo gestionale oltre i 7 giorni per verificare quanto successo e quindi non può dichiararsi estranea - Il chatbot TIM prevede espressamente assistenza per le mail scomparse - Tim il 07/11/2023 ha inviato una mail dove comunica che non sono più recuperabili e che non vuole assumersi le proprie responsabilità - Nelle condizioni contrattuali delle mail TIM sono presenti clausole vessatorie (articoli da 33 a 38 e art. 142 del Codice del consumo) poiché TIM è sempre responsabile e non può esimersi dal proteggere i dati contenuti sui suoi server e liquidare i danni subiti, - Oltre 450 siti utilizzano l'email e di conseguenza il danno procurato è incalcolabile - 13/11/2023 il Garante ha inviato a TIM: "RICHIESTA DIMINFORMAZIONI - [Rif. Prot. N. 153045/2023]" (Rif.: DRTM/LCN/272117 e 299683) Fascicoli aperti dopo la PEC del 29/08/2023: AGCOM: Prot. N 0218580 del 29/08/2023 AGCM: Prot. N 0069753 del 29/08/2023 Garante privacy: Numero protocollo: 0122431/23 del 30/08/2023". E ha chiesto: "(...)Si chiede a TIM di trovare un accordo transattivo onnicomprensivo congruo al disservizio subito per la perdita di decine di migliaia di mail a causa di un disservizio TIM per concludere definitivamente la vicenda senza ulteriori richieste risarcitorie. Il danno esatto è incalcolabile e non quantificabile ma sicuramente valutabile equitativamente in molte migliaia di euro. Tenere in considerazione la data di apertura della caselle di posta e la data del disservizio: Data apertura xxxxxxxxx@alice.it: 24/01/2008 Data disservizio tecnico Alice Mail/TIM 12/07/2023 SEGNALAZIONE TIM 0085180702 (aperta il 21 luglio 2023 ed ancora in lavorazione poiché non risolta e non risolvibile mai come dichiarato da TIM tramite telefono e tramite email, indennizzo da calcolare fino alla data pubblicazione della sentenza) In via equitativa ed onnicomprensiva la richiesta di 10 mila euro inviata in fase di avvio di conciliazione rimane valida.". Con nota integrativa ha chiesto altresì l'applicazione in via analogica ai sensi dell'art. 13, comma 7, dell' Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS di alcune tipologie di indennizzo previste dal Regolamento ritenute assimilabili al caso in questione, posto che per la fattispecie in esame il suddetto provvedimento regolamentare non prevede alcun indennizzo, nonché la liquidazione delle spese di procedura.

La resistente nel rispetto dei termini procedurali, ha fatto pervenire la propria memoria difensiva, con documentazione in allegato, con cui ha chiesto il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante. L'operatore argomenta che: "da verifiche effettuate negli applicativi in uso Telecom Italia, che il disservizio lamentato dall'istante non è relativo ad un disservizio tecnico di rete in quanto l'utenza è sempre stata regolarmente funzionante. La contestazione, pertanto, è relativa ad un disservizio legato alla casella postale dell'istante e per tale problematica Tim non ha nessun tipo di responsabilità così come espressamente previsto dalle Condizioni generali di utilizzo del servizio Tim Mail" all'art. 8 Esonero dalla responsabilità di TIM. Interruzione del Servizio". Evidenzia che la mail dell'istante xxxxxxxxx@alice.it è sempre risultata correttamente funzionante e che in ogni caso TIM non dispone di copie delle mail scaricate su client o cancellate e pertanto non è possibile effettuare alcuna azione di recupero di mail non più presenti sui propri server. Precisa inoltre che per questo tipo di problematica non è previsto alcun indennizzo e che peraltro i reclami dell'istante risultano tutti regolarmente evasi. Per tali motivi ha concluso che l'utente non ha diritto a nessun tipo di indennizzo e ha domandato il rigetto di tutte le domande proposte da quest'ultimo, perché infondate sia in fatto sia in diritto. Successivamente, l'istante ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura, delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche ed integrazioni, una nota con cui, oltre ad insistere nelle richieste già formulate, ha contestato -ex adverso- le argomentazioni sopra illustrate. In occasione dell'udienza di discussione, tenutasi davanti a questo Co.Re.Com. il 29 aprile 2024, la resistente ha ribadito la correttezza del proprio operato, declinando ogni responsabilità. Dall'altra parte, l'istante ha insistito nelle proprie richieste per come formulate nell'atto introduttivo. Al termine dell'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le domande della parte istante possono essere accolte parzialmente nei limiti di seguito indicati. In via preliminare si rigetta la richiesta di risarcimento danni in quanto esula dalle competenze dell'organo adito, atteso che ogni pretesa risarcitoria è ascrivibile alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. In particolare, sia la quantificazione che la liquidazione del danno esulano dalle competenze di questo Corecom, il quale, in sede di definizione delle controversie, si deve attenere ai soli poteri riconosciuti dall'art. 20 del Regolamento in materia e di cui alla delibera Agcom n. 203/18/CONS s.m.i. , ed è chiamata a verificare la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, condannando l'operatore solo ad effettuare rimborsi di somme non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti da contratto, dalla carta dei servizi o da delibere dell'autorità, facendo salvo il diritto dell'utente di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno. Le richieste di risarcimento dei danni,

tuttavia, possono essere interpretate come richieste di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, qualora se ne ravvisino i presupposti, come statuito "dal paragrafo III.1.3 delle - Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", di cui alla delibera n. 276/13/CONS. Nel merito l'istante lamenta disservizi sul proprio indirizzo mail ovvero la cancellazione totale della posta in arrivo, a partire dal 12 luglio 2023, un ritardo nella tempistica di ricezione delle mail inviate alla propria casella di posta elettronica e un'errata indicazione nella schermata delle mail in entrata del conteggio delle mail non lette. Nel caso in cui l'utente lamenti disservizi, spetta all'operatore provare di aver fornito i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzione e di essere tempestivamente intervenuto per risolvere le problematiche. Infatti, l'art. 3, comma 4, della delibera Agcom n. 179/03/CSP, stabilisce che gli organismi di telecomunicazione sono tenuti ad erogare i servizi dedotti in contratto in modo regolare, continuo e senza interruzioni nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. Occorre, poi, considerare che, conformemente a quanto prescritto dall'articolo 1218 del codice civile in tema di onere probatorio, il debitore che non esegue esattamente la prestazione incorre in responsabilità contrattuale qualora non dimostri che "l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Ne consegue che, allorquando l'utente lamenti l'inadempimento degli impegni contrattualmente assunti, il gestore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da cause a se non imputabili ovvero che sussistano specifiche cause di esclusione della responsabilità previste dalle condizioni contrattuali nonché di aver adeguatamente informato l'utente delle circostanze che hanno causato l'inadempimento. (Si veda conforme orientamento Agcom, ex multis delibera 81/10/CIR). In tema di disservizi indennizzabili la normativa di settore, e in particolare la delibera 69/11/CIR nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che "Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatorequalora l'utente non provi di avere inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi provvedere alla sua risoluzione" (per tutte valgano le delibere AGCOM n. 100/12/CIR, 127/12/CIR, 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR). Nel caso di specie rispetto ai disservizi lamentati, si ritiene, anzitutto, adempiuto l'onere di reclamo al gestore incombente sull'utente, atteso che quest'ultimo ha inoltrato segnalazioni e reclami scritti all'operatore per la risoluzione degli stessi, come si evince dalla documentazione prodotta. Non risulta invece provato dalla resistente che abbia provveduto a far cessare i disservizi lamentati dall'istante, garantendogli la continuità del servizio ovvero che il disservizio sia stato prodotto da causa ad essa non imputabile. L'odierno gestore, come risulta dagli atti, sebbene nei riscontri alle segnalazioni dell'istante e nel corso del procedimento GU5 instaurato dinanzi a questo ufficio, abbia dichiarato di aver risolto il disservizio e che "le verifiche effettuate non hanno rilevato problematiche", non è infatti riuscito a ripristinare le mail in arrivo. Ciò si evince dalla contestazione della comunicazione dell'avvenuta ottemperanza del provvedimento temporaneo emesso da questo corecom, con cui veniva ordinato all'operatore il ripristino della funzionalità del servizio e dalle ulteriori segnalazioni inoltrate dall'istante dopo la chiusura del procedimento GU5 e dell'UG, secondo quanto dichiarato dallo stesso operatore nella relazione del 7 dicembre 2023 di riscontro alla richiesta di informazioni da parte del Garante Privacy cui l'istante ha inoltrato reclamo. Né la resistente ha addotto valide spiegazioni del mancato ripristino del corretto funzionamento del servizio mail. Invero l'odierno gestore ha evidenziato di non aver rilevato variazioni significative dello spazio di occupazione (circa il 3%), addebitando il disservizio all'istante contestandogli di non aver cambiato la password e di aver effettuato accessi via Client, tramite il quale possono essere compiute azioni direttamente sul server (tipo scaricare le mail in locale, eliminare le mail, etc). Tuttavia non ha fornito alcuna prova di tali circostanze, senza tener conto del fatto che analogo guasto ha interessato una significativa percentuale di clienti TIM, le cui segnalazioni sono state prodotte dall'istante. Da quanto sopra deriva che l'operatore deve essere ritenuto responsabile del disservizio occorso sull'account di posta elettronica dell'utente a partire dal 12 luglio 2023, che ha prodotto la perdita di tutte le e-mail in esso transitate fino a tale data, non avendo in nessun modo dato dimostrazione dell'impossibilità tecnica di ripristino della funzionalità del servizio in parola per causa ad esso non imputabili, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1218 del C. C.. Riconosciuta, pertanto, nei termini suddetti, la responsabilità dell'operatore per il malfunzionamento del servizio mail, per quanto riguarda l'importo liquidabile all'istante si applica, il "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche" approvato con delibera Agcom n. 347/18/CONS. L'art. 1, comma 1, lett. m) del suddetto Regolamento definisce quali "servizi accessori" "i servizi di comunicazione elettronica aggiuntivi rispetto a quelli di accesso alla rete di comunicazione". Tale è da ritenersi il servizio di posta elettronica oggetto del presente procedimento, essendo un servizio accessorio connesso ad un servizio di comunicazione elettronica, fornito a titolo gratuito.

A tale proposito la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, Quarta Sezione del 13 giugno 2019, relativa ad una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 ha chiarito che un servizio di posta elettronica su Internet che non comprenda la fornitura di un accesso a Internet, quale il servizio Gmail fornito da Google LLC, non consiste interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica e non costituisce pertanto un «servizio di comunicazione elettronica» ai sensi di tale disposizione (cfr. Delibera Co.re.com. Abruzzo n. 11/2020). Nel caso di specie il servizio di posta elettronica fornito da Tim all'istante, difatti, è connesso alla fornitura da parte dello stesso operatore del servizio di accesso ad internet, atteso che come risulta dall'esame della documentazione in atti l'indirizzo e-mail, attivo dal 2008, è associato all'utenza fissa di cui l'istante è intestatario. Ne consegue che l'istante ha diritto di vedersi riconosciuto l'indennizzo per malfunzionamento del servizio, ai sensi del combinato disposto dell'art. 6, comma 4 e art. 4, comma 3, del Regolamento Indennizzi, che prevede che “se il malfunzionamento riguarda servizi accessori, è applicato per ogni giorno di ritardo l'importo di euro 2,50 fino a un massimo di euro 300 per ciascun servizio accessorio; se il ritardo riguarda esclusivamente servizi gratuiti si applica l'importo di euro 1 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 100 per ciascun servizio”. In forza del successivo art. 13, comma 1, del suddetto Regolamento il calcolo dell'indennizzo deve essere effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente. Il periodo indennizzabile decorre pertanto dal 15 luglio 2023, data della prima segnalazione, sino al 24 novembre 2023, data dell'istanza di definizione, posto che, dalla documentazione in atti, risulta che il disservizio non è stato risolto. Perciò, la resistente è tenuta a liquidare all'istante, a titolo di indennizzo per malfunzionamento del servizio mail, l'importo di € 100,00 (cento/00) tetto massimo previsto dal Regolamento indennizzi. Si rigetta la richiesta di liquidazione delle spese di procedura in quanto l'articolo 20, comma 6, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi di cui all'Allegato A della delibera Agcom n. 203/18/CONS, come da ultimo sostituito dall'allegato B alla delibera Agcom n. 358/22/CONS, dispone espressamente il rimborso delle sole spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura. Sul punto l'istante si limita a chiedere genericamente le spese di procedura senza dimostrare alcunché a riguardo, ma, soprattutto, le suddette spese legali non rientrano tra quelle necessarie all'espletamento della procedura conciliaweb totalmente gratuita, in cui le udienze vengono effettuate in audio conferenza e non necessitano della presenza di delegati, per cui non vi sono spese a carico degli utenti.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 24/11/2023, è tenuta a liquidare a V. la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di indennizzo per malfunzionamento del servizio, oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

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 Responsabile della Struttura
Maurizio Priolo