

DELIBERA N. 174/2024/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX /TIM SPA (TELECOM ITALIA, KENA MOBILE)

(GU14/688766/2024)

Il Corecom della Regione Toscana

NELLA riunione del 17 dicembre 2024;

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. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/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. 194/23/CONS;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 “*Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni*”, in particolare l’art. 30, e il “*Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*” (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza

dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la “Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni al Comitato Regionale per le comunicazioni tra L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana” sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del Settore “Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione”, con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l’istanza della società XXX, del 28/06/2024 acquisita con protocollo n. 0179907 del 28/06/2024;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

La società istante, titolare di un contratto *business* di cui al contratto n. 0189140xxxx con la società Tim Spa (Telecom Italia, Kena Mobile) di seguito, per brevità, Tim, lamenta il malfunzionamento del servizio di accesso VDI (“*TIM Virtual Desktop*”).

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione acquisita al fascicolo, ha dichiarato quanto segue:

- *“malfunzionamento del servizio VDI erogato dalla TIM SPA in forza dell’Appalto di servizi VDI sottoscritto con xxx in data 01/04/2019 e del susseguente contratto di applicazione con l’agente xxx del 26/11/2019. In particolare dopo numerosi malfunzionamenti, in data 20/07/2023 le VDI di tutti i collaboratori dell’Agente xxx, titolare (all’epoca) di 8 unità locali dislocate su varie province in Toscana e Liguria, hanno cessato di funzionare senza mai essere ripristinate dalla TIM SPA creando danni ingenti a carico dell’Agente, che oltre a subire disservizi ha dovuto sopportare anche il blocco totale delle attività commerciali di vendita dei prodotti e servizi finanziari. A comprova dei malfunzionamenti si producono a titolo esemplificativo e non esaustivo la mail del 12/12/2022 che evidenzia interventi per incrementare VDI causa malfunzionamento e la mail di sollecito recupero VDI bloccata del 22/05/2023. A comprova delle utenze interessate si produce l’elenco dipendenti/collaboratori dell’Agente. Con riserva di produrre ulteriore documentazione qualora necessario”.*

- Nei formulari UG e GU14 l'istante ha lamentato l'interruzione dei "Servizi accessori a pagamento" (accesso a "TIM Virtual Desktop") su un "Totale utenze interessate: 51".

In data 4 aprile 2024 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Tim tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l'istante, quantificando la sua richiesta in euro 504.268,00, ha chiesto:

- "dal 20/07/2023 al 18/08/2023 (data in cui xxx comunicava di essere stata costretta a risolvere il contratto VDI con TIM a causa del totale crash del servizio) l'azienda ha subito il blocco totale delle attività. In particolare i giorni di mancato lavoro causa assenza VDI ammontano a n. 25. Ai fini della quantificazione del danno alleghiamo n. 2 prospetti: uno relativo al finanziato anno 2023 e l'altro relativo alle provvigioni totali anno al netto dei premi. Il calcolo percentuale provvigione su finanziato = $5.086.476/87.941.759 = 0.0578$ che corrisponde ad un'aliquota del 5,78% sul finanziato. $87.941.759 \text{ euro} = \text{finanziato totale anno} / 12 \text{ mesi} = 7.328.479 \text{ euro fatturato mensile}$. Tenuto conto che i giorni di mancato lavoro ammontano a 25 gg il calcolo da effettuare e il seguente: $7.328.478 \text{ euro fatturato mese} / 21 \text{ gg lavorativi} = \text{fatturato giornaliero } 348.975,00 \text{ euro}$ che moltiplicato per i n. 25 gg di mancato lavoro/VDI corrisponde ad euro 8.724.375,00 importo che moltiplicato per ' aliquota anno del 5,78% corrisponde ad euro 504.268,00 quali mancate provvigioni. A questo deve aggiungersi il danno emergente ascrivibile ai malfunzionamenti ripetuti durante varie giornate lavorative del 2023 e documentati dalle numerose pec inviate dall'Agente alla Telecom, oltre alla dichiarazione di illegittimità della pretesa economica avanzata da TIM con la fattura TIM n. 682023111900xxxx del 14.11.2023 in quanto non dovuta a fronte dell'inadempimento gravissimo al contratto VDI. Sulla responsabilità del fornitore per i danni causati all'agente si veda la clausola 12.0 di cui al contratto del 26/11/2019".*

La società istante ha allegato all'istanza comunicazioni di malfunzionamento del servizio dell'agente e pec all'operatore.

2. La posizione dell'operatore.

La società Tim ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale, nel rilevare l'infondatezza di quanto *ex adverso* dedotto, dopo avere precisato che il "contratto VDI n. 0189140xxxx [è] cessato" in via preliminare ha eccepito:

la carenza di legittimazione attiva dell'istante deducendo sul punto che "la domanda formulata dalla XXX ha ad oggetto un presunto (e qui contestato) inadempimento contrattuale di TIM rispetto a un contratto di servizi dalla stessa concluso con xxx. Pertanto, la domanda avversaria dovrà anzitutto essere dichiarata

inammissibile per carenza di legittimazione attiva della parte istante, in quanto XXX non ha titolo per agire nei confronti di TIM”.

Sempre in via preliminare, l’operatore ha eccepito “l’inammissibilità delle domande volte a formulare domande risarcitorie” e “comunque anche l’inammissibilità della richiesta pecuniaria avversaria, attesa la natura esclusivamente e dichiaratamente risarcitoria della medesima che – quantificata in €504.268.00– risulta comunque svincolata dalle ipotesi normativamente previste ex delibera 347/18/CONS e, dunque, dotata di funzione satisfattiva e non meramente compensativa, con conseguente inammissibilità giusta quanto previsto dell’art. 20 co. 4 e 5 della Delibera AGCOM 359/19/CONS (“L’Organo Collegiale...con il provvedimento che definisce la controversia ordina all’operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell’utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità. Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno”). A tutto concedere, come da giurisprudenza costante anche dell’Ag.com, la richiesta avversaria potrebbe essere ricondotta nell’alveo degli indennizzi previsti dalle Carte dei Servizi e/o dalle Condizioni generali di contratto dell’operatore convenuto (v. sul punto, Corecom Emilia-Romagna Determinazione n. 1/11 e altre conformi: “Ai sensi dell’articolo 19, comma 4, della delibera Agcom n. 173/11/CONS, le richieste che possono essere esaminate dall’Autorità sono ope legis limitate, in fatto di indennizzi, a quanto previsto “dal contratto, dalle carte dei servizi nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità”. Il principio di tutela del contraente più debole deve pertanto condurre alla rettifica delle istanze inesatte, con la conseguenza che le domande di risarcimento danni devono essere qualificate come domande di indennizzo contrattuale.”). Pertanto, nella denegata ipotesi in cui le eccezioni svolte non dovessero essere accolte, TIM potrà tutt’al più, ove dovessero ricorrerne i presupposti (quod non), indennizzare l’istante ai sensi della legislazione di settore vigente, dovendo invece essere respinta ogni richiesta pecuniaria di carattere risarcitorio”.

Nel merito, Tim ha eccepito che “le avverse deduzioni e richieste sono generiche, infondate per diversi motivi e, comunque, totalmente prive di riscontro documentale”.

“La parte istante sostiene di aver subito presunti disservizi sulla piattaforma VDI attivata da TIM a seguito di contratto siglato con xxx, dal 20.7.2023 al 2.8.2023 (data di recesso/risoluzione operata dalla Committente) e pretende di ottenere il risarcimento dei danni asseritamente subiti per €504.268.00. Tuttavia, nella descrizione dei fatti, controparte si limita a rivolgere all’operatore contestazioni generiche, anche sotto il profilo temporale. L’istante, infatti, non specifica le modalità con le quali il presunto malfunzionamento si sarebbe manifestato e, soprattutto, non indica puntualmente i servizi che sarebbero stati interessati dal disservizio e la relativa collocazione. Nella contestazione avversaria, infatti, si legge in maniera generica che la piattaforma VDI risultava non funzionante, ma non è possibile evincere in alcun modo quali e quanti servizi sarebbero stati coinvolti dal presunto malfunzionamento”.

“Non sono, inoltre, opportunamente documentati reclami antecedenti all’introduzione del procedimento, considerando che la maggior parte delle missive allegata è rivolta a soggetti estranei a TIM o, comunque, risulta priva di apposita ricevuta di invio/accettazione e consegna”.

“Ad ogni modo, TIM eccipisce anche l’infondatezza e la mancanza di prova delle allegazioni avversarie, sia nell’an che, ad ogni buon conto, nel quantum debeat. La XXX, peraltro, non ha depositato tutte le fatture per le quali oggi viene richiesto lo storno ed il rimborso. Non vengono nemmeno documentati i pagamenti dei quali viene richiesta la restituzione, mentre, in termini generali, in caso di domanda di storno/rimborso, sulla parte istante grava sempre l’onere di depositare tutte le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali si richiede lo storno, oltre alla prova dell’effettivo pagamento delle somme per le quali si richiede la restituzione. In mancanza di tali allegazioni a sostegno delle richieste formulate, l’istanza risulta generica e indeterminata “... stante l’impossibilità di accertare l’“an”, il “quomodo” ed il “quantum” della fatturazione asseritamente indebita” (ex multis Delibera Agcom n. 73/17/CONS). Del resto, tale impostazione è seguita in maniera condivisa da molteplici precedenti pronunce, in virtù delle quali è stato appunto stabilito il mancato accoglimento della domanda “non avendo l’utente prodotto copia delle fatture di cui chiede lo storno” (v., ex multis Corecom Lazio, Delibera DL/193/15/CRL e Delibera DL 186/15/CRL, ai sensi della quale “la richiesta di storno delle fatture non può essere accolta per il mancato deposito delle stesse”; ed anche Agcom, del. n. 161/16/CIR per la quale “non possono essere disposti rimborsi di fatture qualora l’istante non depositi in atti copia delle fatture contestate e prova dell’avvenuto pagamento, risultando in tal caso la domanda generica”). Controparte, dunque, non ha adempiuto l’onere di allegazione e men che meno quello di produzione documentale gravante sulla stessa”.

L’operatore ha concluso per il rigetto dell’istanza.

3. La replica dell’istante.

La società istante, ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una replica con la quale ha riepilogato le circostanze poste a fondamento delle proprie richieste e nel ribadire la propria posizione, ha contestato quanto segue.

In merito alla carenza di legittimazione attiva eccepita dall’operatore, la parte istante ha dedotto che “l’Agente (XXX) ed il Fornitore di servizi (TIM SPA) in data 26/11/2019 ebbero a sottoscrivere un contratto di applicazione versato in atti (v. doc.1), con il quale hanno convenuto di accettare di essere vincolate alle condizioni contrattuali presenti e future dell’Accordo di Servizi n. 5xxx firmato tra xxx ed il Fornitore Tim spa e disciplinato ulteriori clausole integrative dello stesso. In particolare alla clausola n. 12 del contratto di applicazione rubricato “responsabilità per danni” si legge: “Il fornitore, in conformità a quanto previsto dalle norme del codice civile e di legge cui si rinvia espressamente, sarà responsabile degli eventuali danni causati all’agente nello svolgimento delle attività regolate dal presente contratto di applicazione e i relativi capitolati. Resta esclusa la responsabilità del fornitore per i danni derivanti da cause di forza maggiore e non allo stesso imputabili. Alla luce di quanto sopra pertanto è

inequivocabile che sussista la legittimazione attiva della XXX quale titolare del diritto sostanziale al risarcimento dei danni causati da controparte nella nell'erogazione della connessione VDI da parte del fornitore TIM SPA".

"L'eccezione avanzata in via preliminare relativa alla carenza di legittimazione attiva deve essere respinta".

Con riferimento all'eccezione di Tim circa l'inammissibilità di richieste risarcitorie, la società istante ha contestato quanto asserito da Tim, insistendo nell'accoglimento della domanda, evidenziando che *"in ogni caso la stessa Tim S.p.A. ha espressamente riconosciuto la fondatezza della domanda della XXX deducendo che la stessa "potrebbe essere ricondotta nell'alveo degli indennizzi previsti dalle Carte dei Servizi e/o Condizioni generali di contratto dell'operatore convenuto (...) e che il principio di tutela del contraente più debole deve pertanto condurre alla rettifica delle istanze inesatte, con la conseguenza che le domande di risarcimento danni devono essere qualificate come domande di indennizzo contrattuale. Ciò posto, nella denegata ipotesi in cui si non venga riconosciuto l'ammissibilità della domanda risarcitoria avanzata dalla comparante perché ritenuta di natura satisfattiva e non compensativa, si chiede il riconoscimento di un indennizzo quantificato sulla base dei criteri indicati dall'Autorità Garante con la delibera n. 73/11/CONS, aggiornata dalla n. 347/18/CONS (...) ed in particolare l'indennizzo per l'interruzione dell'utenza/del servizio di VDI, ex art. 6 Del. 347/18/CONS Allegato A nonché l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami ex articolo 12 del 347/18 CONS allegato A. per ogni singola postazione e superando i massimali previsti secondo i principi di proporzionalità ed adeguatezza come dettagliatamente esposto al punto 4 della presente memoria che segue. Fatta in ogni caso salva la possibilità per la XXX di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito".*

La società istante, nel replicare all'eccezione dell'operatore circa la genericità ed indeterminatazza nella descrizione dei fatti e l'assenza di allegazioni probatorie, ha eccepito che:

"nella descrizione dei fatti viene evidenziato sia il profilo temporale del disservizio (con decorrenza dal 20/07/2023), il servizio contestato (sistema VDI) e le modalità con le quali il presunto malfunzionamento è stato manifestato (piattaforma totalmente inaccessibile ed in stato di crash)".

"Quanto alla prova dei disservizi sofferti, consistenti nella totale interruzione del servizio di VDI, la XXX ha ampiamente documentato i reclami inviati a controparte antecedenti all'introduzione del procedimento. Vero è che la comparante ha depositato nella procedura numerosi reclami inviati alla controparte rimasti tutti privi di riscontro". Al riguardo la società istante ha allegato i reclami con ricevuta di accettazione e consegna, deducendo che "dai predetti reclami scritti, risulta evidente, a differenza di quanto asserito da Tim spa che nulla ha provato sulla correttezza del proprio operato, che l'utente fosse disservito sulla funzionalità del sistema VIDI che ha reso totalmente inaccessibile ed in stato di crash la piattaforma a far data dal giorno 20/07/2023".

“Si evidenzia peraltro che secondo quanto previsto dalle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, approvate con delibera a 276/13/CONS dell’11 aprile 2013 e considerata altresì la consolidata interpretazione giurisprudenziale dell’Autorità e dei Corecom, il creditore della prestazione, identificato nell’utente, deve limitarsi a dedurre l’esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, gravando, per converso, sull’operatore l’onere della prova del proprio adempimento (c.d. inversione dell’onere della prova). Secondo giurisprudenza consolidata, infatti, all’istante spetta la mera allegazione/rappresentazione dell’inesatto adempimento, gravando sulla compagnia telefonica la prova dell’esatto adempimento, quale fatto estintivo della propria obbligazione (sul punto si veda ordinanza n. 3996/2020, che ribadisce quanto già espresso dalla Suprema Corte nelle sentenze Cass. 15659/2011, Cass. 826/2015; Cass. 13685/2019). Di conseguenza, a fronte delle contestazioni sollevate dall’istante, aventi ad oggetto l’inadempimento contrattuale di Tim spa ai sensi dell’art. 1218 c.c., spettava a quest’ultima fornire prova, opposta e contraria, atta a dimostrare il proprio adempimento, cosa non avvenuta nella fattispecie. Ne deriva pertanto che la richiesta di parte istante debba essere accolta integralmente”.

In replica al mancato deposito delle fatture per le quali viene richiesto lo storno ed il rimborso, l’istante ha ecepito di avere allegato alla propria istanza *“la fattura n. 682023111900xxxx del 14.11.2023 dell’importo di euro 16.401,18 per la quale ha richiesto la pronuncia di illegittimità in quanto non dovuta a fronte dell’inadempimento gravissimo al contratto VDI. La Tim spa asserisce che tale fattura si riferirebbe a servizi erogati in periodo antecedente al disservizio ovvero dal gennaio 2023 al 20 luglio 2023 senza possibilità di accordare storni. Ebbene, la comparente trova assurdo che la controparte non voglia accordare alcun tipo di storno; visto l’inadempimento gravissimo addebitabile alla stessa rispetto al contratto VDI sottoscritto tra le parti. Peraltro la XXX, già nella propria istanza introduttiva evidenzia che i disservizi lamentati si sono verificati anche nel periodo precedente all’interruzione totale del servizio ovvero ricompresi nel periodo indicato nella fattura de quo. Sono state infatti prodotte a titolo esemplificativo e non esaustivo la mail del 12/12/2022 che evidenzia interventi per incrementare VDI causa malfunzionamento e la mail di sollecito recupero VDI bloccata del 22/05/2023 sopra citate. Si ribadisce pertanto la richiesta di pronuncia di illegittimità della stessa”.*

Inoltre, la società istante ha dedotto che dai reclami scritti effettuati all’operatore, *“risulta evidente, a differenza di quanto asserito da Tim spa che nulla ha provato sulla correttezza del proprio operato, che l’utente fosse disservito sulla funzionalità del sistema VDI che ha reso totalmente inaccessibile ed in stato di crash la piattaforma a far data dal giorno 20/07/2023. Tali contestazioni assolvono l’onere probatorio in capo all’istante di segnalare il disservizio subito affinché l’operatore possa prontamente adoperarsi per risolvere il guasto tecnico. Al contrario non offrono idonea confutazione le generiche, oltreché pretestuose, affermazioni ed allegazioni del gestore il quale non ha dimostrato di aver posto in essere tutte le attività tecniche necessarie alla risoluzione del problema. Quest’ultimo per il principio di buona fede, ha l’onere di verificare il corretto ripristino dei servizi, di produrre il rapporto dell’intervento tecnico effettuato,*

nonché di dimostrare, con le prove di traffico e tabulati telefonici, il corretto funzionamento dei servizi”.

Sul punto, la società istante ha allegato reclami effettuati a mezzo pec all’operatore e ricevuti dal medesimo in data 21/07/2023, 24/07/2023, 26/07/2023 28/07/2023 e pec del legale di fiducia dell’istante del 9/02/2024 con la quale dopo avere dato atto che il contratto era stato risolto anticipatamente “*in data 02/08/2023*” a causa dei malfunzionamenti, chiedeva lo storno della fattura n. 682023111900xxxx del 14.11.2023.

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. a. 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. 11 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”.

“Ciò posto, l’operatore non ha fornito evidenza in merito al corretto funzionamento del servizio VDI nel periodo oggetto di contestazione non assolvendo l’onere probatorio posto a suo carico”.

“Occorre poi richiamare anche la direttiva generale di cui alla delibera Agcom n. 179/03 CPS la Quale prevede, all’art. 3, comma 4, l’obbligo degli operatori di fornire i servizi richiesti ‘in modo regolare, continuo e senza interruzioni nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali e in caso di disservizio devono tempestivamente procedere a risolvere le problematiche riscontrate’. Ne consegue che in tutti i casi di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, allorché l’utente non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio promesso e acquistato, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per tutti i giorni di disservizio, a meno che l’operatore non dimostri che l’inesatto adempimento ovvero l’inadempimento totale (quando il servizio non è affatto fornito) sia dipeso da causa a lui non imputabile, secondo il disposto dell’articolo 1218 c.c. ovvero da specifiche cause di esclusione della responsabilità previste dalle condizioni contrattuali, salvo il caso in cui le relative clausole debbano essere prima facie considerate vessatorie ai sensi della disciplina sulla tutela dei consumatori”.

“Rispetto al disservizio protrattosi dal 20/07/2023 l’operatore non ha fornito la prova di aver erogato il servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, né che

il disservizio lamentato sia dipeso da causa ad esso non imputabile ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità, né - infine - ha dato prova del traffico eventualmente effettuato, ad esempio producendo i file di log utili a provare le sessioni di collegamento (v. Agcom Determina n. 115/18/DTC e Corecom Toscana Delibera n. 43/2017)”.

“Anche le doglianze della società convenuta in merito all’assenza di reclami sono da ritenersi infondate, in quanto l’utente ha correttamente depositato i reclami inviati tramite pec debitamente corredati dei rapporti di ricezione come già sopra dedotto. Pertanto, alla luce di quanto sopra, contrariamente a quanto asserito da controparte, nel caso di specie sussistono anche i presupposti per riconoscere a favore dell’istante gli indennizzi di cui alla delibera 347/18 CONS ed in particolare: l’indennizzo per l’interruzione dell’utenza/del servizio di VDI, ex art. 6 Del. 347/18/CONS Allegato A nonché l’indennizzo per la mancata risposta ai reclami ex articolo 12 del 347/18 CONS allegato A. Quanto Poi alla richiesta di storno della fattura n. 682023111900xxxx dell’importo di euro 16.401,18 ci si riporta a quanto già dedotto al punto 3 della presente memoria”.

4. Motivazione della decisione.

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

In via preliminare:

è respinta l’eccezione di Tim circa la carenza di legittimazione attiva della società istante, atteso che, agli atti, risulta debitamente sottoscritto un contratto datato 26 novembre 2019 tra XXX e l’operatore.

Con riferimento alla domanda dell’istante di indennizzo per mancata risposta ai reclami, si rileva che questa risulta formulata per la prima volta in sede di replica e non può ritenersi ammissibile, trattandosi di domanda nuova rispetto alle richieste contenute nell’istanza di conciliazione a suo tempo promossa e violando, con ciò, il principio dell’obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

Sempre in via preliminare, con riferimento all’eccezione dell’operatore circa la natura risarcitoria della domanda *sub i)* volta ad ottenere un indennizzo quantificato in euro 504.268,00, nonché alle richieste di danno emergente e di danni, si osserva che non rientra nella facoltà di questo CoReCom, ai sensi dell’articolo 20, comma 4, del vigente “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell’ecosistema digitale”, la valutazione del risarcimento del danno.

Esclusa dunque ogni pronuncia di risarcimento del danno peraltro, deve osservarsi che, conformemente all’orientamento costante di Agcom e di questo Corecom, anche le istanze inesatte o imprecise, in un’ottica di *favor utentis*, in applicazione di un criterio di ragionevolezza ed efficienza dell’azione, devono essere interpretate come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell’operatore e del conseguente diritto all’indennizzo, secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare e in relazione agli inadempimenti che venissero accertati.

La presente disamina, quindi, avrà ad oggetto il malfunzionamento del servizio accessorio VDI “*TIM Virtual Desktop*” su n. 51 utenze.

Ai fini di un chiarimento del disservizio oggetto della presente controversia giova preliminarmente chiarire che VDI è l'acronimo di Virtual Desktop Infrastructure ed è, in sintesi, un servizio integrato nel portfolio di soluzioni cloud e digitali incluso nel pacchetto di servizi connessi al contratto sottoscritto. Tale servizio consente agli utenti di accedere a desktop virtuali attraverso una connessione sicura, senza la necessità di dispositivi hardware dedicati in sede.

Dalla documentazione in atti risulta che il contratto ha ad oggetto il servizio “*TIM Virtual Desktop*” ossia l’“*accesso al Desktop Virtuale [che] consentirà di accedere*” ad una serie di “*risorse (...) attraverso ambiente sicuro fornito dalla VDL*”, fra cui, oltre ai servizi precipui dedicati alla rete aziendale e la Webmail personale per ogni Utente, fornisce agli utenti un “*Client telefonico VOIP*”.

Sul malfunzionamento totale del servizio “*TIM Virtual Desktop*”

La parte istante ha lamentato numerosi malfunzionamenti del servizio contrattualizzato e che “*in data 20/07/2023 le VDI di tutti i collaboratori, cessavano di funzionare senza mai essere ripristinate da TIM.*”

L’operatore di contro ha dedotto la genericità delle contestazioni e l’assenza di segnalazioni tempestive.

La doglianza dell’utente è meritevole di parziale accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

In generale, si evidenzia che, in base al consolidato orientamento dell’Autorità, incombe sull’istante che lamenta l’inadempimento segnalare il malfunzionamento al gestore, a sua volta competente a effettuare l’intervento risolutivo delle problematiche lamentate.

Spetterà successivamente all’operatore, secondo costante orientamento dell’Autorità, l’onere della prova relativo alla risoluzione della problematica lamentata dall’utente. Ai sensi, infatti, dell’articolo 1218 c.c., e in forza del consolidato orientamento giurisprudenziale (in particolare espresso da Cass., S.U., sentenza 6 aprile 2006, n. 7996) accolto anche dall’Autorità, in caso di contestazione di inadempimento incombe sull’operatore l’onere di dare adeguata e specifica prova riguardo all’effettiva consistenza e regolarità della prestazione. Pertanto, qualora tale onere probatorio non venga assolto, deve per l’effetto ritenersi l’inadempimento contrattuale dell’operatore.

Nel caso di specie, la società istante ha contestato a Tim, con comunicazione a mezzo pec del 21 luglio 2023, che “*sin dalle ore 9 di giovedì 20/7 u.s. la piattaforma [era] totalmente inaccessibile ed in stato di crash*” lamentando altresì l’assenza di “*misure riparative o quanto meno mitigative dei danni*” da parte dell’operatore medesimo.

Sul punto, a fronte delle doglianze dell’utente, viene in rilievo il consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cass. Civ. 9 febbraio 2004 n. 2387, e da ultimo

Cass. Civ. sez. II 20 gennaio 2010 n. 936) in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione secondo cui *“il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. 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 (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento”*. In mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte del fornitore, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi, 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”*.

Vengono altresì in rilievo gli obblighi posti a carico degli operatori, di cui alla delibera Agcom n. 179/03/CSP, richiamati dalle Carte dei servizi e dalle Condizioni generali di Contratto di ciascun operatore, in particolare l'obbligo di garantire un'erogazione continua ed interrotta dei servizi offerti, nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, impegnandosi al ripristino entro termini congrui. Di conseguenza, allorquando l'utente, in caso di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio acquistato e l'operatore non risolve la situazione nel rispetto dei termini previsti dal contratto, nonché dalla normativa sugli standard di qualità, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per il periodo di disservizio.

L'operatore al fine di provare l'esattezza della fatturazione avrebbe dovuto depositare idonea documentazione attestante l'effettiva fruizione del servizio reso mediante specifico tracciamento delle connessioni e della loro riferibilità temporale, nonché la correttezza degli importi addebitati sulla base delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio contrattualizzato.

Quindi, per quanto sopra esposto, in assenza agli atti di documentazione probatoria idonea a escludere la responsabilità dell'operatore convenuto, si ritiene ai sensi dell'art. 1218 del Codice civile, che sia da ascrivere a detto operatore la responsabilità in ordine al disservizio subito; ne consegue che deve essere riconosciuto alla parte istante un indennizzo proporzionato al disagio lamentato in istanza.

Per il calcolo dell'indennizzo di cui sopra si richiama quanto previsto dall'art. 6, comma 3 e 4, del Regolamento sugli indennizzi che prevedono rispettivamente che:

- *“Se il malfunzionamento è dovuto al ritardo, imputabile all'operatore, nella riparazione del guasto, l'indennizzo è applicabile all'intero periodo intercorrente tra la proposizione del reclamo e l'effettivo ripristino della funzionalità del servizio”*.

- “nei casi previsti dai commi 1,2 e 3, se il malfunzionamento riguarda servizi accessori o gratuiti, ai fini del calcolo dell’indennizzo si applica l’articolo 4, comma 3”.

Trattandosi, poi di un servizio di tipologia affari sovviene l’articolo 13, comma 3, che dispone che l’indennizzo sia applicato in misura pari al doppio.

Ai fini del calcolo dell’indennizzo, si determina il *dies a quo* nella data del ricevimento della segnalazione tracciata del 21 luglio 2023 e il *dies a quem* nel giorno 2 agosto 2023, data di risoluzione del contratto.

Inoltre, dalla documentazione in atti, risulta che il servizio di cui trattasi riguarda l’accesso alla piattaforma VDI (“*TIM Virtual Desktop*”) e l’istante ha indicato che era fruibile su n. 51 utenze.

Pertanto, l’indennizzo da riconoscere all’istante è pari all’importo di euro 3.060,00 computato secondo il parametro di euro 5,00 *pro die* per n. 12 giorni di disservizio per n. 51 utenze.

Inoltre, in relazione alla domanda *sub i)* l’operatore è tenuto alla regolarizzazione della posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) di quanto fatturato con riferimento al servizio “*TIM Virtual Desktop*” nel periodo di malfunzionamento totale del servizio dal 21 luglio 2023 al 2 agosto 2023. Dovrà, inoltre, essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

TUTTO ciò premesso;

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l’istanza presentata da XXX nei confronti di Tim Spa (Telecom Italia, Kena Mobile) per le motivazioni di cui in premessa.
2. Tim Spa (Telecom Italia, Kena Mobile) è tenuta a corrispondere, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate nel formulario, in favore dell’istante l’importo pari ad euro 3060,00 maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell’istanza a titolo di malfunzionamento totale del servizio accessorio “*TIM Virtual Desktop*” su n. 51 utenze.
3. Tim Spa (Telecom Italia, Kena Mobile) è tenuta alla regolarizzazione della posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento

con le modalità di pagamento indicate nel formulario oltre agli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) di quanto fatturato con riferimento al servizio "TIM Virtual Desktop" nel periodo di malfunzionamento totale del servizio dal 21 luglio 2023 al 2 agosto 2023. Dovrà, inoltre, essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale 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 entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Firenze, 17 dicembre 2024

Il Presidente
Marco Meacci

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)