

DELIBERA N. 002/2020/CRL

**STARMOTORS XXX UNIPERSONALE / TIM XXX (KENA MOBILE)
(GU14/57415/2018)**

Corecom Lazio

NELLA riunione del Corecom Lazio del 17/02/2020;

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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS; VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018; VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com); VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito “*Regolamento Indennizzi*”;

VISTA l'istanza di STARMOTORS XXX UNIPERSONALE del 12/12/2018 acquisita con protocollo n. 0227635 del 12/12/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha assunto: "In data 11.10.2013 Telecom Italia XXX ("TIM") e Starmotors XXX Unip. ("Starmotors") stipulavano un contratto (IMPRESA SEMPLICE-Azienda Tuttocompreso) che prevedeva, inter alia, la fornitura della navigazione in Internet attivando un'apposita linea dati (n. 06.1336XXXX). Il problema inerente a tale linea (più volte segnalato) è che la stessa non è mai stata resa funzionante da TIM, nonostante Starmotors abbia regolarmente corrisposto il relativo prezzo dal novembre 2013 ad oggi. Peraltro il non funzionamento della linea dati in questione veniva riconosciuta dai tecnici TIM. In effetti, in data 28.9.2017, un tecnico TIM (tale sig. Roberto) si recava presso Starmotors per la gestione del tiket n. 9891800 del 27.9.2017 afferente alla linea ADSL collegata al n. 06.785XXXX e del tiket n. 9893676 del 28.9.2017 afferente, per l'appunto, alla linea 06.1336XXXX. All'esito il tecnico riscontrava che la linea dati 06.13365408 non era funzionante e non era utilizzabile se non per il tramite di un router che doveva essere fornito a Starmotors sin dal novembre 2013. Il tecnico, visibilmente imbarazzato, contattava immediatamente il tecnico che inizialmente aveva installato l'impianto rappresentando l'accaduto. Tale ultimo tecnico (sig. Dante Baiocco) si precipitava presso Starmotors e, ammesso quanto riscontrato, offriva un router usato contestualmente invitando Starmotors a rinunciare a qualsiasi azione volta ad ottenere il rimborso delle somme corrisposte per la linea dati mai resa utilizzabile. Di fronte alla dichiarazione di Starmotors di voler tutelare i propri diritti per il mancato funzionamento della linea dati il tecnico sig. Baiocco si allontanava da Starmotors portando via con sé il router e invitando Starmotors ad aprire un altro tiket. Successivamente Starmotors apriva un ulteriore tiket (n. 9895316 del 28.9.2017), senza esito. Starmotors, in data 3.10.2017, inviava a mezzo pec (all'indirizzo telecomitalia@pec.telecomitalia.it) a TIM formale reclamo senza aver alcun riscontro. Numerosi anche i reclami telefonici. Il comportamento illegittimo di TIM (appena descritto) ha reso eccessivamente gravoso il normale svolgimento dell'attività d'impresa (sia commerciale sia tecnica di officina) da parte di Starmotors. Per tale ragione Starmotors ha avviato una conciliazione presso Corecom Lazio, conclusasi con verbale esito negativo del 12.09.2018, ed ha ottenuto un provvedimento temporaneo. Dopo aver ricevuto la notifica del provvedimento temporaneo TIM ha consegnato il router ma non ha configurato la navigazione in internet che, quindi, ad oggi non è attivata e/o funzionante. Pertanto ad oggi Starmotors continua a non potere usufruire di un servizio per cui continua a corrispondere il relativo prezzo." Su quanto assunto ha chiesto: "1. l'immediata messa in funzione, attivazione, configurazione della linea dati di cui al n. 06.1336XXXX; 2. il rimborso di tutte le fatture di addebito afferenti alla linea dati 06.1336XXXX corrisposte da Starmotors dal

novembre 2013 sino all'effettiva messa in funzione della linea; 3. La corresponsione degli indennizzi previsti ex lege.”

2. La posizione dell'operatore

L'operatore si è costituito deducendo: “La ricostruzione dei fatti fornita dall'istante è fuorviante. Invero, il collegamento Alice Business 20M Adaptive 256F, richiesto in data 11 ottobre 2013, è stato attivato il successivo 4 15 novembre. È stato inoltre consegnato e installato il router Cisco Ready Slim, come evincibile dalla scheda di realizzazione del 20 novembre, corredata di timbro e firma dell'istante (Doc. 1). È dunque evidente che ogni tipo di contestazione mossa nei confronti di TIM appare totalmente infondata e insuscettibile di accoglimento. Peraltro, Starmotors non ha documentato né altrimenti provato di avere correttamente e tempestivamente segnalato malfunzionamenti a TIM prima del 3 ottobre 2017 (data dell'unico reclamo allegato dall'istante), sebbene il mancato funzionamento della linea fosse stato asseritamente constatato a partire dal mese di novembre 2013. Ebbene, fermo restando quanto si è detto in merito al corretto funzionamento della linea, si rammenta altresì che, senza un intervento attivo da parte dell'utente finale, è impensabile che l'operatore si adoperi spontaneamente per il ripristino della funzionalità della linea, circostanza di cui non può essere a conoscenza (v. in tal senso, ex multis, delibera DL/184/15/CRL del Corecom Lazio: "allo stato degli atti pertanto non è possibile accogliere la domanda di indennizzo per l'asserito disservizio, a causa della mancata messa in mora dell'operatore ad intervenire sul guasto") e nessuna segnalazione – scritta oppure telefonica – da parte di Starmotors è presente all'interno dei sistemi informativi di TIM prima della suddetta data. A tutto voler concedere, si evidenzia che in retrocartellino (Doc. 2) constano soltanto tre esigenze fuori SLA (una sola relativa alla linea Adsl), per complessivi 5 giorni di malfunzionamento; si rammenta infatti che, ai sensi dell'art. 7 delle Condizioni Generali di contratto per l'Accesso al Servizio Telefonico di base "Telecom Italia si impegna a ripristinare gli eventuali disservizi della rete e/o del Servizio entro il primo giorno lavorativo successivo a quello della segnalazione. Nel caso in cui il giorno successivo alla segnalazione sia un giorno festivo (domenica o festività annuale) il guasto sarà riparato entro il secondo giorno successivo alla segnalazione. Qualora siano festivi entrambi i giorni successivi alla segnalazione il guasto sarà riparato entro il terzo giorno successivo alla segnalazione. Fanno eccezione i guasti di particolare complessità che verranno riparati tempestivamente. Ai soli fini della rilevazione circa il rispetto degli obiettivi di qualità del Servizio Universale, entro il primo giorno successivo alla segnalazione significa entro 42 ore dalla segnalazione, entro il secondo giorno significa entro 60 ore dalla segnalazione, entro il terzo giorno significa entro 78 ore dalla segnalazione. Qualora per cause imputabili a Telecom Italia la riparazione venga effettuata con ritardo rispetto ai tempi previsti, il Cliente avrà diritto agli indennizzi di cui al successivo articolo 26 fermo restando che Telecom Italia non sarà in alcun caso responsabile per ritardi attribuibili a forza maggiore o eventi non attribuibili alla stessa Telecom Italia". 5 Infine, in merito alla richiesta di rimborso, si evidenzia che Starmotors non ha allegato le fatture oggetto di contestazione, né provato l'effettivo pagamento delle stesse. Sul punto, si rammenta che il Corecom ha più volte pronunciato

il mancato accoglimento della domanda "non avendo l'utente prodotto copia delle fatture di cui chiede lo storno" (tra le altre, Delibera DL/193/15/CRL e Delibera DL 186/15/CRL) e che l'istante è in ogni caso tenuto a contestare formalmente i conti telefonici di volta in volta emessi dall'operatore, prima della data di scadenza degli stessi, secondo le modalità previste dall'art. 17 delle citate Condizioni generali"

3. 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. Pretestuosa e infondata è l'eccezione sollevata dall'utente in merito ad un presunto difetto di regolare costituzione, rappresentanza e/o assistenza del gestore. Com'è noto, infatti, il Regolamento che disciplina il procedimento di definizione non richiede forme determinate per la difesa nel procedimento dell'operatore, limitandosi piuttosto a disporre – all'art. 9 punto 1 bis introdotto dalla Delibera n.597/11/CONS – che “i rappresentanti degli operatori possono indicare i propri delegati a partecipare alle udienze di conciliazione tramite comunicazione generale e preventiva al Corecom competente...”. Premessa, dunque, l'inesistenza di una specifica norma che disciplini in modo solenne le forme della difesa nel procedimento da parte degli operatori, si osserva ad abundantiam che il Corecom Lazio, ancor prima dell'introduzione della norma citata, ha adottato la prassi di richiedere agli operatori di comunicazioni elettroniche il deposito preventivo degli atti di nomina dei procuratori generali, e ciò tanto con riferimento ai procedimenti di definizione che a quelli di conciliazione. In adempimento di quanto sopra TIM XXX, come gli altri operatori, ha provveduto a depositare atti di nomina dei rispettivi procuratori societari, nonché dei soggetti da essi delegati con poteri di rappresentanza e difesa della società, anche davanti a questa Autorità. Allo stesso modo non si ritiene meritevole di accoglimento l'eccezione di inammissibilità sollevata dal gestore circa l'irricevibilità dei documenti di controparte per decorrenza del termine, ai sensi dell'art. 16, comma 2 del Regolamento. E difatti nella lettera di avvio del procedimento del 12.12.2018 testualmente si legge “Si comunica che le parti potranno presentare memorie entro il termine di giorni 45 dal ricevimento della presente comunicazione ed eventuali controdeduzioni entro i successivi 10 giorni, per via telematica previo accesso alla piattaforma ConciliaWeb.” L'ultimo termine scadeva in data 6.2.2019 e le controdeduzioni del 5.2.2019 sono da considerarsi, pertanto, tempestive. Sempre in via preliminare si dichiara l'inammissibilità della domanda di “immediata messa in funzione, attivazione, configurazione della linea dati di cui al n. 06.1336XXXX” La domanda, infatti, non rientra nella sfera di competenza del Corecom adito. Ai sensi dell'Art. 19, comma 4, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, (L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità) l'oggetto della pronuncia esclude che il CORECOM possa imporre un obbligo di fare al gestore. La domanda dell'utente

è, dunque, inammissibile per difetto di competenza per materia del CORECOM. Ne merito la richiesta dell'istante è da accogliere nei limiti che seguono. La controversia verte secondo la ricostruzione fattuale dell'istante sulla mancata attivazione della linea dati (n. 06.1336XXXX). La stessa non sarebbe mai stata resa funzionante da TIM, nonostante Starmotors abbia regolarmente corrisposto il relativo prezzo dal novembre 2013. Telecom contesta la circostanza assumendo la funzionalità della stessa sin dal 20.11.2013 data in cui il tecnico del gestore provvedeva alla necessaria installazione del router. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 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. Gli operatori telefonici devono inoltre fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale, con la conseguenza che qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che le circostanze oggetto di doglianza sono dovute da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo, fornendo altresì la prova di avere informato l'utente delle predette difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione. In base a tali principi, l'istante ha fornito la prova negoziale del suo diritto mentre il gestore ha depositato schede tecnica di installazione del router del 20.11.2013. Il primo valido reclamo del cliente sul punto risale al 3.10.2017 dopo quattro anni dalla stipula del contratto. Non risultano, infatti, specifiche segnalazioni antecedenti, per le quali incombe sull'utente l'onere della prova, in base al principio sancito dall'Art. 2697 c.c. "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento". Principio cui aderisce la consolidata giurisprudenza Agcom, nonché di questo Corecom. 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 valgono le delibere AGCOM n. 100/12/CIR, 127/12CIR, 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR). La mancanza di opportune segnalazioni o reclami in ordine alla

presunta mancata attivazione del servizio, pertanto, assume un particolare rilievo in questa sede, secondo quanto stabilito dall'Autorità, attraverso una consolidata applicazione della richiamata delibera n. 179/03/CSP e che pone in diretta correlazione l'obbligo dell'operatore di provvedere al ripristino del servizio con l'obbligo dell'utente di porre la controparte nella condizione di provvedervi, attraverso una tempestiva segnalazione della problematica. Chiarisce infatti l'Autorità (v. ex multis delibera n. 69/11/CIR) che in presenza di qualsivoglia malfunzionamento l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente. Applicando il principio generale appena enunciato al caso concreto, va da se che se l'utente non ha lamentato il disservizio al gestore questi non abbia potuto provvedere alle opportune verifiche e provvedere, eventualmente, alla soluzione del guasto. E difatti, dopo l'intervento di installazione del 20.11.2013, regolarmente sottoscritto dalla parte istante, non risulta alcun valido reclamo sulla mancata attivazione della linea tale da mettere in mora il gestore sull'assunta inefficacia dell'intervento tecnico del 20.11.2013 ingenerando nello stesso un ragionevole incolpevole affidamento sulla corretta installazione. A tal proposito valga richiamare anche la delibera 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CORECOM in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche" laddove, espressamente, afferma che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo per inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto..... in aggiunta l'Autorità ha puntualizzato che, con riferimento ai criteri temporali per il calcolo dell'indennizzo il calcolo va fatto decorrere dal momento dal momento in cui l'interesse alla risoluzione del disservizio diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore. Non rinvenendosi agli atti alcun reclamo sul punto fino alla data del 3.10.2017 la domanda merita di essere accolta fino alla data del 7.2.2018 data in cui un tecnico TIM interviene in conseguenza del provvedimento GU5 emesso dal Corecom Lazio. Da quella data in poi non è possibile riconoscere alcun indennizzo dal momento che la comunicazione del legale dell'istante del 13.9.2018 risulta indirizzata al CORECOM Lazio e non anche al gestore che, pertanto, per i principi sopra enunciati non può ritenersi responsabile dal momento che, si ribadisce, in assenza di reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi provvedere alla sua risoluzione. Spetta, pertanto, all'istante l'indennizzo di cui agli artt. 4 e 13, comma 3, del Regolamento di cui all'allegato "A" alla Deliberazione 73/11/CONS e ss.mm.ii. per un importo complessivo pari ad € 1905,00. All'istante spetta, pure, dal 3.10.2017 al 7.2.2018 lo storno/rimborso delle spese di cui alla linea 06.13365408 + iva da tutte le fatture emesse.

DELIBERA

Articolo 1

1. La società Telecom XXX è tenuta a corrispondere all'utente, oltre alla somma di € 150,00 a titolo di spese di procedura, l'indennizzo di € 1905,00, oltre interessi dalla data della domanda al soddisfo. Telecom spa è, altresì, tenuta a stornare/rimborsare le somme contabilizzate dal 3.10.2017 al 7.2.2018 sulla linea 06.1336XXXX.

2. 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.

3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 17/02/2020

IL PRESIDENTE

Avv. Maria Cristina Cafini

IL DIRETTORE

Ing. Vincenzo Ialongo

F.TO