

DELIBERA 355/2023/CRL/UD del 21/07/2023
C. Dxxx Gxxx / TIM SPA (KENA MOBILE)
(GU14/369502/2020)

Il Corecom Lazio

NELLA riunione del 21/07/2023;

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 modificata 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. 353/19/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 **C. Dxxx Gxxx** del 22/12/2020 acquisita con protocollo n. 0542509 del 22/12/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante affermava in sede di istanza GU14 quanto segue: "In data 28/08/2016 si è perfezionata la procedura di migrazione della linea telefonica dalla sede di Via Livorno n. 58 presso la nuova sede di Via Ugo Balzani n. 25, senza tuttavia, attivare i servizi di fibra come pattuito e come, peraltro, erano attivati presso la vecchia sede. Ai numerosi reclami, sia telefonici che scritti, tesi ad ottenere i servizi fibra, Telecom Italia S.p.A. non ha mai fornito riscontro né informato il cliente su eventuali impedimenti tecnici. Le fatture emesse presso la nuova sede di Via Ugo Balzani n. 25 riportano tutte importi più alti per contributi, abbonamenti e servizio TIM TUTTO BUSINESS, rispetto a quelli contrattualmente previsti nonché applicati nelle fatture della vecchia sede in Via Livorno n. 58. In particolare, le fatture di Via Livorno riportano contributi e abbonamenti per circa € 100,00 (linea telefonica) oltre che € 46,00 (servizio aggiuntivo TIM TUTTO BUSINESS) per un totale di € 136,00. Invece le fatture emesse per la sede di Via Ugo Balzani addebitano oltre € 100,00 per contributi e abbonamenti ed oltre € 36,00 per il servizio aggiuntivo TIM TUTTO BUSINESS. Il tutto come da apposito conteggio che si allega. Ai reclami formulati dall'istante non è seguito alcun riscontro da parte del gestore telefonico. In merito a tale controversia è stato esperito un tentativo di conciliazione presso il Co.re.com Lazio in data 22/09/2020, come risulta da verbale di mancata conciliazione, che si allega. - Richieste: Il presente procedimento viene esperito allo scopo di ottenere l'indennizzo per omessa attivazione dei servizi fibra ex art. 4 Delibera 347/18/CONS dal 28/08/2016 a tutt'oggi, con aumento ex art. 13 n. 2 e 3 in considerazione della tipologia servizio fornito su banda ultra larga e di utenza AFFARI (€ 800,00). Mancata ed omessa risposta ai reclami ex art. 12 Delibera 347/18/CONS (€ 300,00). Rimborso importi fatturati in eccedenza a partire dalla fattura emessa in data 05/08/2016 sino alla fattura emessa in data 06/12/2018 presso la nuova sede in Via Ugo Balzani n. 25 per un totale di € 872,61 come da allegato conteggio. - Disservizi segnalati: 1. 0644245096 Contestazione fatture (Data reclamo: 13/07/2017)".

2. La posizione dell'operatore

Nelle memorie difensive versate in atti, la TIM SPA ha chiesto preliminarmente di accertare l'inammissibilità della istanza dell'utenze, per due ordini di ragioni: - difetto di legittimazione attiva del sig. De Gaetano Cristiano, essendo l'utenza intestata allo Studio Oculistico Associato Ciucci – De Gaetano, soggetto autonomo rispetto ai propri associati ed in particolare del dott. De Gaetano, che non sarebbe titolare del diritto controverso; - violazione del ne bis in idem, giacché le richieste avanzate dall'istante nell'odierno procedimento coincidono con quelle già oggetto di diverso procedimento n.

D/138/2017 concluso con conciliazione intervenuta tra le parti avente ad oggetto il riconoscimento da parte di TIM della somma pari ad € 3.500,00; Nel merito, assume l'operatore la infondatezza della domanda, derivante: - dalla genericità delle richieste avversarie, prive di riscontro documentale, tale da intendersi la mancata produzione della fonte negoziale del rapporto che si pretende inadempito, delle condizioni in essere al momento del trasloco, delle fatture contestate; - dal proprio corretto operato nella realizzazione del trasloco della linea telefonica nella nuova sede, operazione che, per la complessità tecnica, ha comportato un ritardo nel suo completamento già indennizzato da TIM nell'ambito del procedimento definito con la conciliazione del 2017. Con memoria ritualmente depositata, l'istante ha replicato alle eccezioni avversarie, evidenziando che: - il dott. De Gaetano, sulla base dell'atto istitutivo della Associazione Professionale con il dott. Ciocchi, ha la facoltà di agire anche disgiuntamente dell'altro associato per gli atti di gestione ordinaria della associazione, tra i quali rientra la proposizione e la cura della azione innanzi a questo Ufficio; - la pretesa fatta valere nel presente procedimento è del tutto diversa da quella oggetto del precedente procedimento definito con una conciliazione, giacché in quello si verteva dei disservizi legati ad interruzioni della linea ADSL, verificatisi nel 2015, ed al ritardo nella esecuzione del trasloco della linea telefonica, mentre l'istanza di cui oggi si discute ha ad oggetto l'omessa attivazione dei servizi in fibra ottica successivi al primo procedimento di conciliazione, nonché la restituzione di somme pagate in eccesso su fatture emesse successivamente alla presentazione dell'atto introduttivo della prima procedura (di cui ha offerto copia nonché prospetto riepilogativo), oltre al richiesto indennizzo per la mancata risposta ai reclami presentati per il tramite dell'Avv. Francesco Papandrea (di cui ha offerto prova).

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza presentata soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui all'art. 14, comma 3 del Regolamento, che richiama l'art. 7, comma 3 Reg. cit., ed è pertanto proponibile. Nel merito, l'istanza può essere parzialmente accolta, nei limiti seguenti. E' infondato l'eccepito difetto di legittimazione attiva del dott. De Gaetano. Parte istante ha dimostrato come l'atto costitutivo della Associazione professionale Ciocchi-De Gaetano prevedesse (art. 10), per gli atti di ordinaria amministrazione, l'azione disgiunta degli associati, prevedendo invece consenso e firma congiunti per i soli atti di straordinaria amministrazione. Ebbene, posto che rientrano nella nozione di "straordinaria amministrazione" solo gli atti che "modificano la struttura economico-organizzativa dell'impresa" (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 5 dicembre 2011, n. 25952), pare evidente che l'azione intrapresa con l'istanza di cui oggi si discute esuli da tale novero, essendo volta alla mera conservazione o comunque alla integrazione del patrimonio associativo, promuovendo e coltivando la tutela della associazione verso quello che viene ritenuto un inadempimento contrattuale dell'operatore. Per questo, non potendo discutersi la riconducibilità della utenza telefonica alla associazione professionale, il dott. De Gaetano poteva agire singolarmente per tutelare gli interessi della associazione professionale cui appartiene e

quindi promuovere il presente procedimento. E' parimenti infondata la inammissibilità della istanza per violazione del principio del ne bis in idem. A tal fine, è appena sufficiente rilevare come, per quanto è dato leggere dagli scritti difensivi di ambo le parti, oggetto del precedente procedimento era l'indennizzo del ritardo relativo al trasloco della utenza telefonica, operazione che può dirsi definitivamente compiuta (stante la specifica indicazione di parte istante non contraddetta dall'operatore) il 28 agosto 2016, mentre l'oggetto del presente procedimento è costituito sostanzialmente dalla richiesta di accertamento di importi indebitamente fatturati, del perdurante ritardo nella attivazione di un servizio richiesto a far data dall'avvenuto trasloco dell'utenza (quindi dal 28 agosto 2016), e l'indennizzo derivante dalla mancata risposta ai reclami proposti. Quello che pare essere il punto di contatto tra le due vicende, tale da renderle sovrapponibili (il trasloco dell'utenza), tale non è, giacché nel procedimento definito con conciliazione si discuteva del ritardo nella effettuazione del trasferimento da Via Livorno a Via Balzani (che TIM da per definito, con attivazione del servizio in uso nel vecchio immobile), mentre in questa sede si discute del ritardo (o meglio della mancata attivazione) del servizio in fibra nel nuovo studio. Nel merito, si osserva quanto segue. Quanto alla domanda relativa al richiesto indennizzo da ritardo nella attivazione del servizio in fibra ottica, il ricorrente ha dedotto che dalla data di effettuazione del trasloco dell'utenza tale servizio non è in realtà mai stato attivato, avendo a disposizione esso utente la sola connessione di rete in ADSL. Tale mancanza dell'operatore è stata stigmatizzata nei due reclami prodotti (le due note a firma dell'Avv. Papandrea del 9 febbraio 2017 e del 20 aprile 2017, inoltrate a mezzo PEC), ai quali TIM non avrebbe dato seguito. In linea generale, si osserva come 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. Nel caso di specie, pur non avendo il ricorrente prodotto il contratto stipulato, appare circostanza incontestata quella per cui l'utenza oggi attiva nei locali di Via Balzani dovesse avvalersi di una connessione in fibra ottica, tant'è vero che lo stesso operatore assume che i relativi servizi siano stati lavorati e definitivamente attivati (con ritardo) al momento del trasferimento della utenza stessa nei nuovi locali, ove la linea è stata riattivata "alle condizioni precedenti", avendo TIM dapprima "...operato la conversione inversa da

Fibra a RTG; poi, una volta effettuata l'operazione preliminare, ha operato tecnicamente il trasloco della linea RTG e, successivamente, ha provveduto alla nuova conversione da RTG in FIBRA". Ration per cui, a fronte del reclamo dell'utente circa la mancata attivazione dei servizi in fibra dopo il trasloco, era onere dell'operatore non solo dedurre ma anche dimostrare l'adempimento ai suoi obblighi e quindi fornire adeguata prova di avere effettivamente attivato e mantenuto efficienti i servizi in fibra anche successivamente al trasloco da Via Livorno a Via Balzani prova che evidentemente manca nel caso di specie. Vi è da dire, però, che la mancata attivazione della fibra non si è tradotta in una mancata fruizione della linea bensì nella applicazione di una tecnologia diversa da quella pattuita ragion per cui si ritiene equo liquidabile l'indennizzo di cui all'art. 9, comma 2, dell'All. A alla Deliberazione n. 347/2018/CONS, maggiorato ai sensi dell'art. 13, comma 3 del medesimo regolamento, a far data dal 9 febbraio 2017 (data del primo reclamo di cui si ha effettiva prova) e fino alla domanda di conciliazione del 18.12.2017 (non avendo comunque dato l'utente dimostrazione del perdurare della mancata attivazione), per complessivi € 1040,00. Per le medesime ragioni non è accoglibile l'istanza nella parte in cui chiede la restituzione degli importi indebitamente versati quali maggiorazioni asseritamente non dovute sulla base delle pattuizioni contrattuali. Proprio perché la parte che denuncia l'inadempimento deve dare dimostrazione della fonte contrattuale dell'obbligo disatteso e non potendo desumere, dagli atti procedurali, se le causali che giustificano gli importi richiesti senza titolo siano comunque state riconosciute dall'operatore, non sembra sufficiente a dare dimostrazione di quanto richiesto la produzione delle sole fatture e del "prospetto" delle somme asseritamente richieste in più. Le prime, infatti, riportano chiaramente voci di spesa, sia legate proprio al trasferimento della utenza, sia a servizi di cui solo la produzione del contratto avrebbe chiarito se attivati o meno in base ad una espressa pattuizione contrattuale; il secondo si limita a compiere una mera differenza algebrica tra quanto corrisposto ed il canone che si vuole essere pattuito, senza analizzare nel dettaglio le singole voci che compongono la singola fattura. Quanto alla richiesta di liquidazione di indennizzo da mancata risposta ai reclami presentati telefonicamente ed per iscritto, va osservato come in linea generale come il reclamo scritto assume veste privilegiata per la sua idoneità ex se a dare dimostrazione del suo inoltro e della relativa data (da cui poter calcolare l'indennizzo in caso di mancato riscontro), così come è stato sostenuto che la forma che potrebbe assumere il reclamo è anche quella telefonica, sempre che, dovendo l'utente dare dimostrazione dei propri assunti, questi fornisca almeno un principio di prova dell'avvenuta proposizione del reclamo (cfr. Corecom Sicilia, Deliberazione n. 121/2021). Nel caso di specie, l'utente ha dato riscontro di avere inviato due PEC contenenti reclamo, per il tramite del legale di fiducia, di cui ha fornito prova dell'avvenuto invio (tale potendo considerarsi anche la mera stampa delle ricevute di accettazione e consegna), a fronte delle quali TIM si è limitata ad una generica contestazione, incentrata più sulle questioni preliminari che non avrebbero legittimato a priori la pretesa dell'istante e non sulla decisiva circostanza per cui avesse comunque fornito risposta effettiva alle rimozioni dell'utente. Per tali ragioni, tenuto conto del superamento dei limiti temporali massimi ricavabili dall'art. 12 dell'All. A alla

Delibera 347/2018/Cons e della circostanza che il secondo reclamo rimane assorbito dal primo, si liquida l'indennizzo nella misura massima pari ad € 300,00

Si compensano le spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

Articolo 1

1. Di accogliere parzialmente l'istanza del sig. **C. Dxxx Gxxx** nei confronti della società TIM SPA, che pertanto è tenuta a corrispondere all'istante le seguenti somme maggiorate degli interessi legali dalla domanda al soddisfo:

- € 1.040,00 ai sensi del combinato disposto degli artt. 9, comma 2, e 13, comma 3, dell'All. A alla Deliberazione n. 347/2018/CONS
- € 300,00, ai sensi dell'art. 12 dell'All. A alla Delibera 347/2018/Cons.

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 Deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it), raggiungibile anche da link del sito di questo Corecom.

Roma, 21/07/2023

f.to

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini