

DETERMINA Fascicolo n. GU14/415805/2021**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXX D. - 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;

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 dell’utente XXXXX D. , del 18/04/2021 acquisita con protocollo n. 0183823 del 18/04/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell'istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante lamenta, in estrema sintesi, la mancata e piena erogazione del servizio voce e dati di TLC da parte di TIM sulla linea 0XXXXXXX nei periodi dal 1 gennaio 2019 al 1 giugno 2019 (malfunzionamento) e 1 giugno 2019 al 30.11.2019 (isolamento completo). Lamenta altresì l’illegittima perdita della numerazione, nonché la cessazione del contratto non lavorata tempestivamente dal Gestore. Precisa di aver contestato le fatture emesse da TIM e di non aver mai ricevuto nessuna risposta ai reclami presentati. Per tali motivazioni richiedeva: i. indennizzo ai sensi art 6 c. 2 e 3 per € 3,00 per il malfunzionamento della linea per il periodo 1 gennaio 2019 al 1 giugno 2019, nonché indennizzo ai sensi dell’art. 6 c. 1, per € 6,00 per l’isolamento completo della linea

voce e dati per il periodo dal 1 giugno 2019 al 30.11.2019; ii. rimborso delle fatture per il periodo di disservizi e storno dell'insoluto; iii. indennizzo per la perdita della numerazione storica per complessivi € 1.500,00; iv. indennizzo per € 300,00 per omessa risposta al reclamo.

Con memoria difensiva di parte del 3.06.2021, si costituiva l'Operatore il quale, in via preliminare contestava come le avverse deduzioni e richieste fossero generiche, infondate e, comunque, totalmente prive di allegazioni e riscontro documentale. In particolare, la TIM osservava nel merito che l'utenza n. 0XXXXXXX era sempre rimasta attiva e funzionante tranne che in alcuni casi sporadici come si evince dall'elencazione del retrocartellino guasti che deposita. In particolare, gli episodi di malfunzionamento si verificavano dalla prima segnalazione del 3.09.2019 fino al 6.09.2019 ed un secondo, segnalato il 24.09.2019, il quale ha avuto origine da un danno all'infrastruttura di difficile risoluzione, che veniva risolto il 6.10.2019. Più in generale, secondo la prospettazione dei fatti operata dal Gestore, l'istante non specificava in alcun modo la modalità con la quali il presunto malfunzionamento si sarebbe manifestato sulle singole linee e, soprattutto, non individuava il dies a quo e il dies ad quem del presunto malfunzionamento o dei singoli episodi. Inoltre, la TIM contestava che l'utente non documentava l'invio di reclami o segnalazioni relative alle singole doglianze ed oggi sottoposte all'attenzione del Corecom, né venivano allegati i pagamenti per i quali viene formulata domanda di restituzione. Sul punto rilevava altresì che, in caso di domanda di storno/rimborso, sulla parte istante grava sempre l'onere di depositare tutte le fatture contestate, precisando quali siano le singole voci per le quali si richieda lo storno o il rimborso, oltre alla prova del relativo pagamento. Parimenti In merito alla richiesta di indennizzo per la perdita della numerazione, l'Operatore rilevava che la stessa veniva cessata dietro richiesta dello stesso utente datata 5.10.2019 (che depositava). Poste tali premesse, la società convenuta non potendo in alcun modo ritenersi responsabile dei presunti disservizi lamentati dall'istante ed in assenza dell'invio di reclami o contestazioni specifiche, chiedeva il rigetto dell'istanza in quanto infondata in fatto ed in diritto e, in ogni caso, non provata. In sede di repliche: con note di replica dell'8.06.2021, l'utente contestava in fatto ed in diritto quanto controdedito dall'Operatore, precisando – in merito all'eccezione inammissibilità dell'istanza – come la stessa riportasse con la massima chiarezza e precisione le date dei disservizi subiti, ovvero indicando un malfunzionamento dei servizi voce nel periodo febbraio 2019/settembre 2019 e l'assoluta assenza di segnale dati nello stesso periodo. In merito alla tempestività delle segnalazioni rilevava come Il cliente avesse utilizzato il servizio call center di TIM per segnalare i malfunzionamenti della linea. Tuttavia, riceveva solo in occasione della segnalazione del 3 febbraio un sms che confermava il guasto, mentre per le successive richieste d'intervento non perveniva alcuna comunicazione da parte di TIM. Sulle richieste di rimborso, l'utente precisava che l'avvenuto pagamento di tutte le fatture era dimostrato dalla presenza di un insoluto a carico limitato alle ultime tre fatture emesse da TIM per un importo complessivo di soli € 115,67 (come da produzione documentale). Concludeva insistendo per le richieste di indennizzo per malfunzionamento della linea nei periodi indicati come da istanza, per la perdita della numerazione e per l'omessa risposta al reclamo.

All'esito dell'istruttoria e dalla disamina degli atti e dei documenti presenti nel procedimento è possibile accogliere la domanda di parte ricorrente, in quanto fondata nei limiti di seguito riportati. i. La domanda di indennizzo per il malfunzionamento dell'utenza è fondata e può essere parzialmente accolta. Sul punto giova tuttavia premettere che, per costante orientamento dell'Autorità, “Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione” (così Agcom Delibera n. 69/11/CIR; Conformi: Agcom Delibera n. 9/12/CIR, Agcom Delibera n. 34/12/CIR, Agcom Delibera n. 38/12/CIR, Agcom Delibera n. 82/12/CIR, Agcom Delibera n. 100/12/CIR, Agcom Delibera n. 113/12/CIR, Agcom Delibera n. 127/12/CIR, Agcom Delibera n. 130/12/CIR); in coerenza con quanto sopra, la stessa Delibera 347/18/CONS prevede per il calcolo del relativo indennizzo, al comma 3 dell' art.6 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”. E non solo, a mente di quanto previsto dal successivo art. 13 comma 1 Del. cit. : “Nelle fattispecie contemplate dagli articoli 6, 8, 9 e 11, il calcolo dell'indennizzo è effettuato tenuto conto della data di presentazione del reclamo da parte dell'utente”. Pertanto, nella determinazione della responsabilità e per la quantificazione dell'indennizzo, non è possibile prescindere dalla prova della contestazione del guasto all'Operatore. L'istante nel procedimento di definizione, a supporto delle proprie argomentazioni,

allega: 1) note integrative all'istanza GU14 e 2) in sede di repliche, la lettera di risoluzione contrattuale per sopravvenuta morosità, omettendo di allegare i reclami (o le aperture dei rispettivi ticket di guasto) asseritamente inoltrati all'Operatore (così come pure contestato da TIM in sede difensiva). Di contro, con la produzione dell'elencazione del retrocartellino, il Gestore ha dimostrato l'esistenza di due aperture ticket – dietro segnalazione dell'utente – rispettivamente alle date del 3 e 24 settembre 2019. Poste tali premesse, sarà possibile prendere in considerazione il solo periodo di disservizio successivo al 3.09.2019. Nel periodo compreso dalla prima segnalazione di isolamento della linea voce e dati, e la risoluzione definitiva della problematica del 6.10.2019 (data risolutiva confermata in replica dallo stesso utente), la TIM non ha depositato evidenze documentali del traffico volte a comprovare la prima risoluzione del guasto entro la tempistica prevista, al punto che l'utente si vedeva costretto a distanza di due settimane a formalizzare una nuova segnalazione. A fronte di ciò non offrono idonea confutazione le generiche allegazioni del Gestore il quale non ha dimostrato di aver posto in essere tutte le attività tecniche possibili alla risoluzione del problema. Ed invero, nel caso di specie è possibile richiamare l'orientamento dell'Autorità in forza del quale “Sussiste una responsabilità contrattuale per inadempimento in capo all'operatore, ai sensi dell'articolo 1218 c.c., qualora, a fronte della segnalazione del malfunzionamento da parte dell'utente, e nonostante gli interventi tecnici eseguiti, l'operatore non sia riuscito a risolvere il guasto” (Agcom Delibera n. 3/10/CIR); proprio in tale ottica: “Gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali. 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”. Pertanto il caso di specie rappresenta un disservizio previsto ex art. 6 comma 1 ex All. A Del. 347/18/Cons a mente del quale: “In caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, sarà dovuto un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari a euro 6 per ogni giorno d'interruzione” da applicarsi nel periodo dal 3.09.2019 al 6.10.2019, detratti 2 giorni lavorativi previsti dalla carta dei Servizi per la tempestiva risoluzione del guasto, così per € 6,00 su 31 (33-2) giorni di disservizio voce per € 186,00 ed altrettanti per il disservizio adsl, così per una quantificazione complessiva di € 372,00.

ii. Anche la richiesta di storno e rimborso delle fatture, deve ritenersi parzialmente ammissibile nei limiti di seguito specificati. In primis, per quanto attiene il periodo precedente alla richiesta di disdetta, il Gestore sarà tenuto allo storno dei costi afferenti il solo periodo di accertato disservizio dal 3.09.2019 al 6.10.2019, in quanto, evidentemente, l'utente non fruiva di alcun servizio e – laddove effettivamente pagati – al rimborso dei relativi canoni. Per quanto, di converso, attiene lo storno delle fatture successive, giova precisare che la TIM ha dimostrato di ottemperare alla richiesta di recesso della linea pervenuta a mezzo raccomandata del 5.10.2019, ma l'omessa produzione delle fatture non ha reso possibile verificarne la tempestività. Ed invero, per consolidato orientamento (delibere Agcom 84/14/CIR 59/2012, Corecom Umbria 28/2017), la tardiva lavorazione della disdetta comporta l'illegittimità della fatturazione emessa per i periodi successivi all'invio della richiesta, legislativamente previsto in 30 gg utili per recepire il recesso, con conseguente diritto per l'istante ad ottenere rimborso e storno di tutte le fatture emesse successivamente a tale termine, fino a chiusura del ciclo di fatturazione. Per tali motivazioni, si dispone lo storno delle fatture emesse successivamente al 5.11.2019. Restano, viceversa, dovute dall'utente le fatture emesse fuori gli intervalli di tempo sopra indicato.

iii. Di converso, la domanda di indennizzo per la perdita della numerazione è inammissibile, per le motivazioni di seguito specificate. Nel caso di specie, pur trovandosi l'utente nella condizione di vedersi costretto a chiedere la cessazione della numerazione, il contengo successivamente tenuto dallo stesso non può tuttavia prescindere dal concorso del fatto colposo manifestato dal creditore; in forza di tale principio, infatti, se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito o escluso proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze. Ed invero, è emerso dalla disamina dell'istruttoria che l'utente dopo aver formalizzato la disdetta, nulla contestava per rivendicare la perdita – asseritamente non voluta – della propria numerazione. Ed infatti, in assenza di specifiche contestazioni in tal senso, si pone lo sbarramento previsto dalla Delibera indennizzi ed in particolare dall'art. 14 comma 4 cit. in forza del quale “Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo

il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte”. E non solo. Sul punto neppure risulta espletata – a seguito del tempestivo affidamento della propria posizione di tutela ad un legale – la procedura di istanza di provvedimento temporaneo con modello GU5 per la riassegnazione della numerazione 0XXXXXXX, manifestando così l’utente una carenza di interesse alla conservazione della stessa. Del resto, la liquidazione del massimo edittale richiesto sarebbe comunque stata difficoltosa, atteso che l’utente pur dichiarando di possedere una numerazione “storica” nulla dimostrava in tal senso (ad esempio a mezzo deposito di una fattura risalente nel tempo). iv. In ultimo, la domanda di indennizzo per omessa risposta al reclamo non può essere accolta, in quanto seppur dall’istruttoria è emerso che l’utente ha effettuato nel mese di settembre 2019 a mezzo call center due segnalazioni di guasto (utili a mettere in condizione l’Operatore di poter intervenire alla riparazione della linea), non risulta prodotto agli atti alcun reclamo specifico avente ad oggetto la contestazione del disservizio od il relativo numero di ticket. Poiché in istanza, l’utente fa esclusivo riferimento ai reclami telefonici, sul punto, deve evidenziarsi, rispetto a quanto stabilito dall’art. 8 della delibera Agcom n. 179/03/CPS e dall’art. 4, lett. i), della delibera Agcom n. 79/09/CSP (“se è pur vero che il reclamo può essere effettuato telefonicamente al Servizio Clienti, è altrettanto vero che ad ogni reclamo telefonico viene assegnato un codice identificativo, immediatamente comunicato al cliente, sia al fine della tracciabilità, sia al fine di ottenere aggiornamenti sullo stato del medesimo”), che nulla l’istante ha prodotto al riguardo, non avendo così assolto, al riguardo, il proprio onere probatorio (delibera Corecom E-R n. 33/20). Circa il disservizio lamentato, non può dunque essere riconosciuto l’indennizzo richiesto poiché l’istante, come detto, non ha fornito prova di reclami effettivamente inoltrati (l’unica doglianza in tal senso manifestata dall’utente è quella contenuta nella richiesta di recesso che tuttavia, in quanto tale, non richiede il riscontro scritto del Gestore se non quello, per fatti concludenti, di cessare il contratto). Sul punto, giova altresì osservare come l’utente non possa sentirsi sgravato del relativo onere probatorio limitandosi a contestare che la TIM non avesse inviato al proprio Cliente il tracciamento del reclamo. Richiamandosi l’orientamento, costantemente espresso al riguardo, di ritenere che “l’onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricada sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l’onere della segnalazione del problema” (v. ex multis, delibere Agcom n. 69/11/CIR, n. 100/12/CIR, n. 113/12/CIR e conforme orientamento del Corecom E-R, determina n. 11/2017 e delibera n. 48/2018), si rammenta, a tal riguardo, che, ai sensi dell’art. 14, comma 4, dell’Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS “Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l’utente non ha segnalato il disservizio all’operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l’ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte”.

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell’istanza del 18/04/2021, è tenuta a corrispondere all’utente i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell’istanza ed entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento: i. euro 372,00 (trecentosettantadue/00) a titolo di indennizzo ai sensi di quanto previsto dall’art. 6 comma 1 dell’allegato A alla delibera n. 347/18/CONS per l’isolamento della linea voce e dati nel periodo 3.09.2019-6.10.2019, oltre al rimborso – laddove pagati – dei relativi costi per canoni nel medesimo periodo. Si dispone altresì lo storno dell’insoluto presente a carico dell’utente, limitatamente alle fatture emesse nel periodo oggetto di disservizio, nonché di quelle emesse successivamente al 5.11.2019, per la linea 0XXXXXXX stante il comprovato recesso dell’utente del 5.10.2019.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell’Autorità, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall’articolo 20, comma 3, 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.

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
Roberto Rizzi