

DETERMINA DIRETTORIALE 37 del 4 novembre 2020

Fascicolo n. GU14/67931/2019

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA xxxx./TIM S.p.A.

IL DIRETTORE

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Regolamento Indennizzi;

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);

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 della Toscana in data 16 gennaio 2018”, e in particolare l’art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il decreto del Segretario Generale n. 5 del 26 aprile 2018 avente ad oggetto “Assetto organizzativo del Consiglio regionale”, con il quale è stato definito il nuovo assetto organizzativo del Consiglio Regionale della Toscana e con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “Settore Biblioteca e documentazione. Archivio e protocollo. Assistenza generale al Corecom”, con decorrenza 3 maggio 2018;

VISTA l’istanza della società xxxx, del 14/01/2019 acquisita con protocollo N. 0013633 del 14/01/2019;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

1. La posizione dell’istante.

La società istante, titolare di un contratto *business* sulle utenze n. 057728xxx, n. 057744xxx e n. 0577 223xxx) con la società TIM S.p.A. (di seguito per brevità Tim), lamenta il malfunzionamento delle utenze, del servizio ADSL e la perdita della numerazione 0577 28xxxx.

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

- nel mese di febbraio 2018 veniva contattata *“da un’agenzia denominata Barton e che si è spacciata per TIM”* che comunicava *“la necessità di cambiare gli apparecchi ovviamente a costo zero aderendo al piano tariffario denominato TUTTO TWIN OFFICE, associato alle utenze aventi numeri telefonici 0577284xxx, 057744xxxx e 057722xxxx, precedentemente attivi con il piano tariffario Evoluzione Ufficio”*;
- accettava il cambio tariffario;
- rilevava un malfunzionamento, ovvero provava inutilmente a *“spedire il file delle spedizioni giornaliere al server centrale”*;
- contattava il Call Center dell’operatore tramite segnalazione al numero dedicato, il 191, il quale riferiva che: *“il numero 0577-284xxxx non risulta collegato, (...) probabilmente è stato preso il cavo di quel numero per metterci un altro numero (...) Faccio presente che il nostro numero 0577-284xxxx non risulta essere più attivo nonostante noi non abbiamo mai richiesto la disdetta”*;
- sollecitava *“il ripristino del precedente profilo [tariffario denominato] EVOLUZIONE UFFICIO e l’operatrice del 191, garantiva la riattivazione entro il 29/06/2018, ma così non è stato”*.
- in data 12 giugno 2018 inviava una comunicazione a mezzo PEC all’operatore;
- rileva altresì che né l’ADSL, né gli apparecchi interni erano funzionanti;
- in data 3 luglio 2018 reiterava il proprio reclamo significando che né l’ADSL, né gli apparecchi interni erano funzionanti;

In base a tali premesse l’istante ha chiesto:

- i) *“che venga ripristinato il profilo Evoluzione Ufficio”*;
- ii) lo storno dell’intera posizione debitoria;
- iii) l’indennizzo per la mancato riscontro ai reclami;
- iv) l’*“indennizzo per malfunzionamento del servizio ADSL pari ad € 1.452,00 (242gg)”*;
- v) l’indennizzo *“in caso di perdita della numerazione pari ad € 5.000,00”*.

2. La posizione dell’operatore.

La società Tim ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento di cui all’allegato A alla Delibera Agcom n. 203/18/CONS e successive modifiche, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale, nel rilevare l’infondatezza di quanto *ex adverso* dedotto, in via preliminare ha eccepito:

- l’*“improcedibilità/inammissibilità dell’istanza presentata da xxxx per violazione del principio del ne bis in idem”* in quanto *“le medesime circostanze qui dedotte da xxxx sono già state oggetto di un precedente tentativo di conciliazione paritetica, conclusosi con verbale di mancato accordo nel mese di Agosto 2018”*.
- l’*“inammissibilità ed infondatezza della richiesta di risarcimento”*.

Nel merito, ha evidenziato che, “*nulla di quanto dichiarato dall'istante è supportato da una documentazione idonea a riscontrare quanto assunto e pertanto ogni tipo di richiesta risulta formulata in modo apodittico (...). La totale assenza di supporto documentale lede il diritto di difesa dell'esponente società – impossibilitata a replicare adeguatamente alle pretese avverse – e si pone, inoltre, in aperto contrasto con il consolidato principio di diritto, previsto dall'art. 2697 c.c. da richiamarsi in via analogica in questa sede, secondo cui chi aziona un diritto deve necessariamente produrre le prove fattuali e documentali da cui quest'ultimo origina ("Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento") e, senza le quali, è preclusa la ricostruzione logico giuridica che consente all'organo giudicante – nel caso di specie il Co.re.com. – di fondare il proprio convincimento ed esercitare, in ultima analisi, la propria funzione decisoria ("onus probandi incumbit ei qui dicit")*”.

Inoltre, l'operatore ha rilevato “*che le condizioni applicate sulle predette tre linee sono perfettamente conformi al contratto sottoscritto da xxxx in data 16 febbraio 2018 (Doc. 1). In particolare, la linea principale n. 0577.284xxx è stata trasformata da "Evoluzione Ufficio" in VoIP all'interno della NICI e, a seguito di tale conversione, anche le linee n. 0577.4xxx e n. 0577.22xxxx sono convogliate nella NICI*”.

In merito poi al preteso malfunzionamento della linea Adsl sul n. 0577.28xxxx, giova evidenziare che in retrocartellino consta soltanto un'esigenza di guasto – non indennizzabile in quanto imputabile a cause di forza maggiore – aperta il 12 giugno 2018 e chiusa il 17 giugno, con data fine disservizio al 15 giugno (Doc. 2). Non risultano ulteriori successive segnalazioni di guasto da parte di xxxx, con conseguente impossibilità di riconoscere alla stessa alcun indennizzo al riguardo. (...) Sul punto, giova altresì ricordare che, per costante giurisprudenza del Corecom, ai fini della corresponsione dell'indennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami", è necessario che l'istante dimostri di aver effettivamente e validamente trasmesso il reclamo all'operatore, allegando copia (se scritto) ovvero indicando la data e il numero identificativo dello stesso (se orale), non essendo all'uopo sufficiente un'indicazione generica dello stesso. Al contrario, Sisped non ha documentato né altrimenti provato di aver effettivamente e prontamente trasmesso a TIM alcun reclamo”.

Infine, Tim ha precisato che, “*dalle verifiche effettuate, la linea n. 0577.28xxxx risulta migrata e attiva in OLO Fastweb dal 5 dicembre 2018, non comprendendosi pertanto la richiesta di controparte relativa alla (ipotetica) "perdita della numerazione" (della quale, comunque, xxxx non ha provato l'asserita titolarità pluriennale), che non sarebbe dunque in ogni caso imputabile a TIM*”.

3. 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:

- si respinge l'eccezione di “*improcedibilità/inammissibilità dell'istanza presentata da xxxx per violazione del principio del ne bis in idem*” atteso che agli atti non risulta alcuna documentazione a supporto di quanto asserito dall'operatore.
- con riferimento alla richiesta *sub i)* relativa al ripristino del “*profilo Evoluzione Ufficio*” si precisa che tale domanda non rientra tra le competenze di questa Autorità e, pertanto, deve essere rigettata.
- con riferimento all'eccezione della società Tim relativa all'“*inammissibilità ed infondatezza della richiesta di risarcimento*”, si rileva che, ai sensi dell'art. 20, comma 4, del vigente Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato all'erogazione di

rimborsi di somme risultate non dovute nonché alla corresponsione di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Ciò premesso, esclusa pertanto ogni pronuncia risarcitoria, le domande *de quibus* dovranno essere, in questa sede, correttamente interpretate, in base al criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione amministrativa, quali richiesta di condanna del gestore al pagamento di un indennizzo in relazione agli inadempimenti che venissero accertati. Pertanto, la presente disamina avrà ad oggetto il malfunzionamento del servizio ADSL e la perdita della numerazione 0577 28xxxx.

Nel merito.

Sul malfunzionamento del servizio ADSL

La controversia verte, nella ricostruzione fornita dall'istante, sul malfunzionamento del servizio ADSL laddove, l'operatore eccepisce la presenza di un guasto collegato a "*cause di forza maggiore*".

La doglianza è fondata e merita accoglimento per le ragioni di seguito illustrate.

Relativamente all'asserito malfunzionamento del servizio, preliminarmente, si osserva che, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, Delibera Agcom 179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, ove l'utente lamenti il ritardo relativamente alla richiesta di ripristino del servizio della linea telefonica rispetto alle tempistiche stabilite nelle Condizioni di contratto o con lo specifico accordo delle parti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da sua colpa. In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Ai sensi, infatti, dell'articolo 1218 c.c. e in forza del consolidato orientamento giurisprudenziale (C. Cass. Sez. Unite 6 aprile 2006, n. 7996) accolto anche dall'Autorità, in caso di contestazione di inadempimento incombe sul debitore l'onere di dare adeguata e specifica prova riguardo all'effettiva consistenza e regolarità della prestazione. 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*";

Nel caso di specie, la società Tim ha riferito di avere ricevuto una segnalazione "*di guasto – non indennizzabile in quanto imputabile a cause di forza maggiore – aperta il 12 giugno 2018 e chiusa il 17 giugno, con data fine disservizio al 15 giugno*" tuttavia, tale asserzione è rimasta priva di un riscontro probatorio. Ciò posto, attesa la mancata prova dell'asserita causa di forza maggiore che avrebbe determinato il guasto, sussiste la responsabilità dell'operatore per il malfunzionamento sull'utenza *de qua* e l'utente ha diritto ad un indennizzo per il periodo di disservizio.

Relativamente al disservizio, a seguito dell'istruttoria è emerso che il guasto è stato segnalato in data 12 giugno 2018 e quindi, in base alle condizioni generali di contratto, andava risolto entro il secondo giorno successivo a quello della segnalazione, vale a dire entro il 14 giugno 2018; diversamente il guasto è stato risolto in data 15 giugno 2018. Pertanto, la parte istante ha diritto al riconoscimento dell'indennizzo pari ad euro 12,00 per il ritardo di 1 giorno nella risoluzione del disservizio, ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 6, comma 1, e 13, comma 3, del vigente regolamento sugli indennizzi; (euro 6,00 *pro die* da raddoppiarsi in quanto utenza business).

Sulla perdita della numerazione 0577 28xxxx.

La società istante lamenta la perdita dell'utenza n. 0577 28xxxx laddove, l'operatore eccepisce che l'utenza n. 0577 28xxxx risulta migrata e attiva in OLO Fastweb S.p.A.

La domanda non è fondata e deve essere rigettata per i motivi che seguono.

Nel caso in esame, la società istante, a fronte delle ricostruzione effettuata dall'operatore medesimo, ovvero che la numerazione 0577 284xxxx risulta migrata e attiva con altro operatore dal 5 dicembre 2018, non ha ritenuto di avvalersi della possibilità, riconosciuta dall'articolo 16, comma 2, del vigente "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche" di cui all'allegato A alla Delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche, di depositare a propria difesa ulteriori note di replica, e contestare quanto eccepito dall'operatore. In difetto di ciò, invece, si ritiene incontestato quanto rilevato dall'operatore medesimo. Pertanto la domanda *sub v)* relativa all'indennizzo "in caso di perdita della numerazione pari ad € 5.000,00" è rigettata.

Sullo storno dell'intera posizione debitoria.

La domanda non è fondata e non può essere accolta per le ragioni di seguito esposte.

Nel caso di specie occorre evidenziare che l'istante ha omesso di produrre agli atti la documentazione indispensabile allo svolgimento e alla completezza della fase istruttoria.

Al riguardo si richiama l'orientamento costante di questo Comitato, così come della stessa Autorità Garante per le Comunicazioni, in virtù del quale l'istante è tenuto ad adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con un minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione. Sul punto, occorre ricordare, come ampiamente precisato nelle numerose delibere dell'Autorità, che l'utente avrebbe dovuto depositare le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali richiedeva lo storno, spettando all'operatore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, dimostrare la regolarità della fatturazione e del traffico addebitato. Al contrario, in mancanza di documentazione a sostegno delle richieste formulate dall'utente, l'istanza risulta generica ed indeterminata (*ex multis*, Delibera Agcom 68/16/CIR; Delibere Corecom Toscana n. 17/2017, n. 14/2016, n.156/2016 e n. 157/2016 e Determinazione Corecom Toscana n. 26/2015).

Pertanto, la richiesta della società istante *sub ii)* non può essere accolta, stante l'impossibilità di accertare l'"*an*", il "*quomodo*" ed il "*quantum*" della fatturazione asseritamente indebita (*ex multis* Delibera Agcom n. 73/17/CONS).

Sull'indennizzo per il mancato riscontro ai reclami.

L'istante lamenta la mancata risposta al reclamo del 12 giugno 2018, reiterato in data 3 luglio 2018, laddove l'operatore ha eccepito di avere "documentato né altrimenti provato di aver effettivamente e prontamente trasmesso a TIM alcun reclamo".

Sul punto, dalla documentazione agli atti si evince che l'istante in data 12 giugno 2018 (il cui invio e ricezione risultano documentati, diversamente dalla comunicazione del 3 luglio 2018) abbia trasmesso a Tim reclamo avente ad oggetto la contestazione di un guasto a fronte del quale, l'operatore ha risposto per *facta concludentia*, riparando il guasto in data 15 giugno 2018. Tale domanda pertanto è rigettata.

DETERMINA

TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 14/01/2019, è tenuta a corrispondere in favore di parte istante la somma di euro 12,00, maggiorata degli interessi legali, a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

4 novembre 2020

Il direttore

Cinzia Guerrini

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