

DETERMINA Fascicolo n. GU14/87513/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - 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”;

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;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 22/02/2019 acquisita con protocollo n. 0076591 del 22/02/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante, nel corso della procedura, ha lamentato quanto segue: dal 16 novembre 2017 le componenti Voce e Dati del contratto non hanno funzionato correttamente, come da segnalazioni effettuate. La problematica è stata parzialmente risolta in data 11 maggio. Alla data di presentazione dell’istanza (22.09.2012) si continuava a riscontrare malfunzionamento della linea dati, come attestato con certificazione Nemesys del 20 dic 2018. Presenti reclami non riscontrati. L’istante per quanto esposto chiede: “1. Spese di procedura ex art. 19 c. 6 (Regolamento e Linee Guida) Del. AGCOM n. 276/13/CONS; 2. Indennizzi per: a. Sospensione servizi/o ex Delibera AGCOM n. 347/18/CONS art. 5 c. 1 e art. 13 c. 2; b. Malfunzionamento ex art. 6 cc. 2 e 3 ed art. 13 c. 2, ibidem; c. Mancato riscontro a reclamo/i ex art. 12 c. 1 ibidem; d. In difetto di parziale inapplicabilità ai fatti riportati si chiede l’applicazione pervia analogica degl’indennizzi ex art. 13 c 7, ibidem. E comunque con ogni riserva delle legittime pretese risarcitorie da avanzare nelle sedi competenti.”

La posizione assunta dalla T.I.M. S.p.a., in merito a quanto esposto dall’istante, mira a difendere la correttezza del proprio operato, in particolare la corretta gestione nei termini dei reclami inoltrati. Il gestore lamenta la mancata attivazione di una procedura di urgenza ad opera dell’Utente (cosiddetto GU5) e la mancata esibizione della prova dell’avvenuta comunicazione al Gestore del test Nemesys prodotto in atti. Alla luce della memoria difensiva prodotta l’Operatore chiede l’integrale rigetto delle richieste prodotte dall’Istante.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato. PUNTO 1. Sulle spese di Procedura ex art. 19 c. 6 Regolamento Per quanto attiene alle spese della procedura, si ritiene non accoglibile la richiesta presentata da parte Istante. Nel merito, è necessario tener conto della totale gratuità del procedimento di conciliazione azionato e della non obbligatorietà della assistenza di legale di parte. Si ritiene pertanto che la scelta di dare mandato ad un professionista che possa agire a tutela degli interessi dell'Utente – quand'anche assolutamente legittima – non possa ricadere quale onere sul Gestore. PUNTO 2. Sull'indennizzo per la sospensione del servizio Delibera AGCOM n. 347/18/CONS art. 5 c. 1 e art. 13 c. 2. La richiesta dell'istante di cui al punto 2 non può essere accolta in quanto il presupposto per il riconoscimento degli indennizzi previsti dal regolamento di cui è invocata l'applicazione è la sussistenza di un reclamo che ponga l'operatore a conoscenza del disservizio consentendone la risoluzione entro la tempistica contrattuale. Nel caso di specie, tuttavia, non risultano in fascicolo evidenze di reclami per la interruzione di servizio. Sono prodotte dall'Utente schermate relative a contatti col Servizio Clienti dalle quali tuttavia non può evincersi la natura del disservizio lamentato. A tal proposito può invece assolutamente esser assunta quale prova la comunicazione definita "sollecito/reclamo" prodotta in atti e recante data 10.05.2018. La stessa – trasmessa alla T.I.M. S.p.A. a mezzo Fax – è stata correttamente portata a conoscenza dell'Operatore, come da ricevuta di trasmissione allegata al fascicolo. Orbene, in tale comunicazione, l'Istante per tramite del Suo legale dichiarava quanto di seguito "...OMISSIS... a seguito di predetta variazione l'Utente registrava e lamentava numerosi disservizi sia in capo alla funzionalità VOCE che per i DATI; che ad oggi nessun riscontro è pervenuto in merito alle doglianze di cui in narrativa". Non risulta dunque chiarito dall'utente un disservizio per interruzione/sospensione del servizio, che non è stato neppure indicato nel formulario introduttivo della presente definizione allorquando viene genericamente riportato che "Dal giorno 16 novembre 2017 sia i DATI che VOCE (si riportano alcune segnalazioni: del 15/04 n. 00 31 54 52 28; del 19/04 n. 0031 68 24 87; del 3/05 n. 0032 080 797) non hanno funzionato correttamente.". Alla luce di quanto esposto non si ritiene di potersi accogliere la richiesta di cui al punto 2. PUNTO 3. Sull'indennizzo per Malfunzionamento ex art. 6 cc. 2 e 3 ed art. 13 c. 2, ibidem. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante al Punto 3 possono trovare parziale accoglimento, come di seguito precisato. L'Istante lamentava un malfunzionamento della linea voce e dati dal giorno 16 novembre 2017 fino alla data dell'11 maggio. Successivamente lamentava il malfunzionamento persistente della linea dati, attestato con produzione di certificato Nemesys del 20 dicembre 2018. Sul punto occorre precisare che la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. prevede che "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda". Per orientamento giurisprudenziale consolidato il creditore che agisca 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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. Questa Autorità ha più volte statuito nel senso che, in caso di contestazione, incombe sull'operatore l'onere di provare la regolare e continua fornitura del servizio. D'altro canto Parte istante deve tuttavia dimostrare di aver effettuato la segnalazione all'operatore telefonico del disservizio subito, per metterlo in condizione di risolvere la problematica. Nel caso in esame, la Società non ha offerto prova alcuna che nel periodo oggetto di contestazione i servizi erano stati regolarmente erogati e fruiti da controparte allegando - ad esempio - schermate che attestino il traffico dati e voce, in entrata ed in uscita. Parte istante, nella richiamata comunicazione di reclamo, lamentava una serie di disservizi per la linea voce e dati, reiterati nel tempo. Sul punto, a riprova della correttezza delle proprie affermazioni, allega le schermate del proprio profilo internet legato alla linea T.I.M. oggetto di contestazione, dalle quali si evincono le comunicazioni effettuate all'Operatore. Dalle schermate non è possibile risalire alla natura delle segnalazioni effettuate. Ad integrazione di quanto dedotto dall'Utente però, può essere valutato il cosiddetto "Retro cartellino Guasti" che lo stesso Operatore produce in udienza in Sua difesa. Dall'analisi di quest'ultimo risulta una segnalazione del

15 novembre 2017, sostanzialmente coincidente con l'inizio del problema tecnico sollevato dall'Utente stesso, la cui data riportata nel formulario è il 16 novembre 2017. Non essendovi altre segnalazioni dell'utente prodotte in fascicolo per quel periodo, si ritiene ragionevole considerare quali giorni reali di disservizio quelli rilevabili nel retro cartellino Operatore. In particolare, la segnalazione risulta chiusa il giorno 20 novembre. Di qui, il primo periodo individuato di disservizio è compreso tra i giorni 16- 20 novembre 2017, per complessivi 5

giorni. Non risultano invece segnalazioni di guasti successive inoltrate dall'Utente, fino alla data del 15 aprile 2018, giorno in cui sono rilevati - sia dal sistema dell'Operatore che dalle evidenze prodotte dall'Utente - numerosi contatti con la T.I.M. S.p.A.. Da qui, e fino alla data dell'11 maggio indicato in istanza, sono reiterate le comunicazioni inviate all'Operatore (si citano 15, 19, 21 aprile, 3, 7 e 10 maggio). In assenza – come detto – di prova contraria fornita dall'Operatore, deve dedursi che dette comunicazioni attengano al malfunzionamento continuativo del servizio telefonico e del servizio di connettività dati per il numero di 26 giorni dal 15/04/2018 (dies a quo, computato con riferimento alla data di prima segnalazione di disservizio) all'11/05/2018 (data di parziale risoluzione del malfunzionamento, come comunicato dall'Utente). Infine l'Utente lamenta un successivo ulteriore malfunzionamento della linea dati, come indicato nel reclamo del 10.05.2018 e dimostrato col certificato Nemesys del 20 dicembre 2018. In relazione a tale disservizio di cui l'istante dichiara che la velocità della connessione, non rispetta i parametri indicati nel contratto, è giusto significare quanto segue. In via primaria, le doglianze dell'utente risultano generiche atteso che il medesimo non ha indicato un arco temporale in cui si è consumato tale disservizio, successivamente alla data dell'11 maggio indicata in istanza, inoltre risultano prive di segnalazioni all'Operatore in ordine all'effettivo verificarsi dei fatti, a suo dire posti a fondamento della richiesta. E' necessario infatti evidenziare in questa sede la totale mancanza in atti di segnalazioni e/o reclami formulati dalla parte istante nei confronti dell'Operatore chiamato in causa, fatta eccezione per la sola misurazione Ne.Me.Sys del 20 dicembre 2018. Al riguardo, il quadro normativo di riferimento in materia di qualità dei servizi di accesso ad Internet da postazione fissa è dato dalla delibera n. 244/08/CSP, in base alla quale il degrado della velocità di trasmissione dei dati non può configurarsi come malfunzionamento in assenza di anomalie tecniche che compromettono la funzionalità del servizio medesimo. Sul piano normativo è bene rammentare che l'operatore, se in linea generale è tenuto a fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali (art. 3, c. 4, delibera AGCOM 179/03/CSP, All. A), in ordine alla problematica della velocità del collegamento alla rete, è tenuto a specificare la velocità minima del servizio dati (velocità minima reale di accesso alla rete), risultante dalle misurazioni effettuate, per esigenze di maggiore trasparenza e di consapevole scelta d'acquisto da parte degli utenti. L'adempimento dell'obbligo di garantire la banda minima in downloading è verificabile con l'adozione del sistema Ne.Me.Sys (art. 7, c. 3, delibera 244/08/CSP), e dal canto suo l'utente, nell'ipotesi in cui rilevi valori peggiori rispetto a quelli garantiti dall'operatore, può utilizzare tale misurazione per proporre un reclamo all'operatore e richiedere nel contempo il ripristino degli standard minimi garantiti, ovvero anche, esigere il recesso senza costi dal contratto (art. 8, c. 6, delibera 244/08/CSP). In tal senso si è già espressa l'Autorità nelle varie delibere (una tra tante la delibera n.126/16/CIR) statuendo che: l'istante in tale fattispecie ha solo la possibilità di recedere senza alcun costo, ma non anche il diritto di richiedere il rimborso dei canoni corrisposti, essendo comunque tenuto alla corresponsione del corrispettivo a fronte dell'erogazione del servizio adsl, sia pure non rispondente agli standard di qualità convenuti contrattualmente. Difatti la norma appena citata, prevede espressamente che "qualora il cliente riscontri valori misurati degli indicatori peggiorativi rispetto a quelli di cui sopra (in uso) può presentare, entro 30 giorni dalla ricezione del risultato della misura, un reclamo circostanziato all'operatore e ove non riscontri il ripristino dei livelli di qualità del servizio entro 30 giorni dalla presentazione del predetto reclamo, la facoltà di recedere senza penali dal contratto per la parte relativa al servizio di accesso a internet da postazione fissa, con un preavviso di un mese, mediante comunicazione inviata all'operatore con lettera raccomandata". Nessuna comunicazione di recesso, nei termini appena descritti, è stata prodotta dall'Utente nel fascicolo documentale e – pertanto – tale ultima richiesta di indennizzo non può essere accolta. Ne deriva dunque che, ai sensi degli artt. 6 comma 2 e 3 e 13 comma 2, in mancanza di prove da parte del gestore atte a confutare la tesi dell'utente in ordine al malfunzionamento lamentato, per il periodo dal 16/11 al 20/11 l'operatore medesimo dovrà corrispondere all'istante, tenuto conto delle 48 ore previste nella carta dei servizi dalla data del reclamo per la risoluzione della problematica, la somma di Euro 3 al giorno per servizio (3Euro Voce + 3Euro Dati), di cui il secondo indennizzo maggiorato di 1/3, per n. 2 giorni, sicché dovrà la somma di Euro 14,00 . Per il periodo di 26 giorni di malfunzionamento conteggiati dal 15/04/2018, dedotte le 48 ore concesse per la riparazione del malfunzionamento (residui 24GG), la somma dovuta all'utente prevede il pagamento di Euro 3 al giorno per servizio (3Euro Voce + 3Euro Dati), di cui il secondo indennizzo maggiorato di 1/3, per complessivi Euro (72 +96) 168,00. PUNTO 4. Sul mancato o ritardato riscontro al reclamo/i ex art. 12 c. La richiesta di parte istante non è accoglibile, in quanto assorbita dal riconoscimento della domanda principale;

DETERMINA

- TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 22/02/2019, è tenuta a corrispondere il pagamento della somma complessiva di Euro 182,00 per il malfunzionamento del servizio voce e dati, oltre maggiorazione di 1/3 per la linea fibra richiesta, dal 16/11/2017 e sino al 20/11/2017 e dal 15/04/2018 all' 11/05/2018, ai sensi dell'Art. 6, comma 2 e 3 e 13 comma 2 del Regolamento indennizzi, mediante bonifico sul conto corrente dell'istante indicato nel fascicolo documentale entro il termine di 120 gg. dalla data di notifica del presente atto. Le altre richieste sono rigettate per i motivi in premessa.

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
ALFREDO AURILIO