

DETERMINA 5 Fascicolo n. GU14/385980/2021

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA xxxxx - 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. 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”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

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);

VISTA la Delibera n. 374/21/CONS recante: *“Proroga dell’Accordo quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle regioni e province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni”*.

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 106 del 25 febbraio 2021 avente per oggetto *“Assetto organizzativo del Consiglio regionale XI Legislatura”* con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del *“Settore Cerimoniale, Eventi, Contributi. Biblioteca e documentazione. Assistenza generale al CORECOM. Tipografia”*, con decorrenza 1° marzo 2021;

VISTA l’istanza dell’utente Mauro Angelo, del 28/01/2021 acquisita con protocollo n. 0048382 del 28/01/2021;

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 parte istante, titolare di un contratto residenziale con l'operatore **TIM SpA (Kena mobile)** di seguito, per brevità, TIM sull'utenza fissa n. 0585 873xxxx, lamenta ripetute interruzioni dei servizi telefonici e lentezza del servizio ADSL.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- riscontrava dal *"3 maggio 2020 (...) fino al 10 agosto 2020"* ripetuti disservizi continuativi consistenti nell'interruzione totale di tutti i servizi telefonici. Segnalava tali disservizi con tre richieste di intervento al servizio clienti a partire dal 3 maggio 2020 seguite da altrettante PEC - *"essendo il servizio clienti praticamente inesistente e difficile da contattare"* - inviate, rispettivamente, in data 3 maggio 2020, 15 giugno 2020 e 24 luglio 2020, nelle quali indicava i rispettivi numeri di pratica assegnati alle richieste di intervento. Constatava che i *"tantissimi interventi da parte della TIM"* non risolvevano la problematica;
- riscontrava dal *"10 agosto 2020"* un'insufficiente velocità della linea internet *"avendo un Upload inferiore di 1 Mb"*. Effettuava varie segnalazioni con richieste di intervento al servizio clienti nei mesi di agosto e settembre 2020, seguite da PEC inviate in data 17 agosto 2020, 21 agosto 2020, 28 agosto 2020 e 3 settembre 2020, e *"a fine settembre 2020"* la linea veniva ripristinata;
- riscontrava dal *"5 dicembre 2020 (...) una assenza totale ripetuta di tutti i servizi"*. Segnalava tale disservizio con PEC del 6 dicembre 2020 in quanto *"sebbene (provava) più volte a contattare l'assistenza clienti, dopo lunghissime attese (lo) si "invitava a riprovare più tardi" "*.

Nell'ambito della procedura conciliativa, in data 26 luglio 2020, l'istante chiedeva al CoReCom Toscana l'adozione di un provvedimento temporaneo ai sensi dell'art. 5, all. A della Delibera Agcom n. 203/08/CONS nei confronti dell'operatore TIM, al fine di ottenere il ripristino del servizio sull'utenza *de qua*.

In data 3 agosto 2020 la parte istante ha confermato che *"la linea è stata ripristinata il giorno 30/07/2020"*.

In data 28 gennaio 2021 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore TIM tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto complessivi euro 350,00 a titolo di:

- i) *"[i]ndennizzo per le varie, ripetute e continuative interruzioni totali della linea"*;
- ii) *"[i]ndennizzo per connessione lenta"*.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore TIM, nell'ambito del contraddittorio, ha depositato memoria difensiva in data 18 marzo 2021 nella quale ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto, prodotto e richiesto e ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità dell'istanza e comunque nel merito l'infondatezza della medesima, per le seguenti ragioni.

In via preliminare:

- l'operatore ha sostenuto l'*"[i]n ammissibilità dell'istanza per avere controparte formulato domande nuove rispetto a quelle avanzate in primo grado, in violazione dell'art. 14, comma 1, Delibera AGCOM n. 359/19/CONS"*. Al riguardo TIM ha affermato che *[i]n sede di conciliazione l'istante, infatti, si limitava a contestare presunti disservizi verificatisi sulla linea dal 24.7.2020 e, per l'effetto, a richiedere un indennizzo relativo ai*

lamentati malfunzionamenti della linea, senza formulare ulteriori richieste. Solo in sede di definizione, invece, il cliente contestava altri malfunzionamenti riferibili a periodo differenti ovvero dal mese di maggio 2020 sino a settembre 2020 e dal mese di dicembre 2020 sino a data non indicata”;

- *l’operatore ha sostenuto inoltre l’”inammissibilità/improcedibilità delle domande formulate nell’istanza, per violazione del principio ne bis in idem”. Al riguardo TIM ha affermato che l’”istanza (...) è stata formulata, in termini identici e periodo in parte coincidente, in precedente e diverso procedimento di definizione protocollato con il n. 272445/20, concluso con verbale di conciliazione del 23.10.2020”.*

Nel merito:

- *l’operatore ha sostenuto la “[g]enericità ed indeterminatezza nella descrizione dei fatti ed assenza di allegazioni probatorie in punto di storno”. Al riguardo TIM ha affermato che “nella descrizione dei fatti, controparte si limita a rivolgere all’operatore contestazioni generiche, anche sotto il profilo temporale, senza neppure indicare puntualmente il dies a quo ed il dies ad quem del contestato malfunzionamento”. L’operatore ha aggiunto che “l’istante, inoltre, non ha fornito prova alcuna degli addebiti contestati e, soprattutto, non ha documentato puntualmente l’invio di reclami”;*
- *l’operatore ha sostenuto inoltre l’ “[i]nsussistenza dei presupposti per la liquidazione di indennizzi”. Al riguardo TIM ha affermato che “dalle verifiche operate a sistema, è emerso che il n. 0585873xxxx ha sempre funzionato in maniera regolare, per l’intero periodo indicato ex adverso” e che “[n]on si (sono registrati), infatti, a sistema disservizi indennizzabili o, comunque, segnalazioni di malfunzionamento o di lentezza nella navigazione e, comunque, non (sono risultati) opportunamente documentati reclami o, missive antecedenti all’introduzione di procedimento di conciliazione”. L’operatore ha richiamato singoli estratti di delibere dell’Autorità in materia e ha concluso sostenendo che “nessun indennizzo potrà comunque essere liquidato in favore dell’istante, anche in virtù del combinato disposto degli artt. 13 e 14 co. 4 delibera 347/18/CONS secondo cui ogni eventuale indennizzo è precluso in assenza di reclamo”.*

L’operatore ha concluso con la richiesta di non accogliere le domande dell’istante per le motivazioni sopra riportate.

3. La replica dell’istante.

La parte istante, nell’ambito del contraddittorio, ha depositato una nota di replica del 26 marzo 2021, con cui ha contestato la memoria dell’operatore, evidenziando quanto segue:

- *la parte istante ha richiesto che “[s]i faccia chiarezza su quanto dichiarato (dall’operatore) circa la ‘duplicazione di indennizzi già riconosciuti e consacrati in altro verbale di conciliazione’”;*
- *la parte istante ha precisato che “è assolutamente falso che non abbia tempestivamente informato la Telecom dei continui malfunzionamenti fin dal Maggio 2020 sia telefonicamente mettendosi con non poche difficoltà col servizio cliente che tramite le varie PEC allegate”;*
- *la parte istante ha infine dichiarato che “il 05 Dicembre 2020 per due giorni ho avuto continue interruzioni del servizio telefonico prontamente comunicate sia tramite il servizio clienti 187 che tramite le PEC”.*

4. 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 primis, con riferimento all'eccezione sollevata dall'operatore in merito alla "violazione del principio *ne bis in idem*" si precisa che il procedimento GU14 n. 272445 del 2020, cui fa riferimento l'operatore, ha ad oggetto un'utenza telefonica, mobile, diversa da quella oggetto del presente procedimento, motivo per il quale non si ritiene di accogliere tale eccezione.

Sempre in via preliminare, con riferimento all'eccezione sollevata dall'operatore in merito alla formulazione di "domande nuove rispetto a quelle avanzate in primo grado", si ritiene di accogliere parzialmente tale eccezione come di seguito precisato:

- in merito ai presunti ripetuti disservizi continuativi consistenti "nell'interruzione totale di tutti i servizi telefonici", si osserva che i fatti oggetto dell'istanza di definizione risultano coincidenti con quelli oggetto del tentativo di conciliazione con esclusivo riferimento ai disservizi già contemplati nel tentativo di conciliazione nel quale, oltre a segnalare l'ultimo disservizio verificatosi il 24 luglio 2020, l'istante fa riferimento ad altri disservizi già verificatisi a partire dal 3 maggio 2020. Di contro, non risultano contemplati nel tentativo di conciliazione i disservizi verificatisi "il 05 Dicembre 2020 per due giorni". Per tale motivo, si ritiene di accogliere il rilievo mosso da TIM soltanto con riferimento ai disservizi verificatisi per due giorni a partire dal 5 dicembre 2020 e, di contro, di respingere il rilievo in merito ai precedenti disservizi verificatisi a partire dal 3 maggio 2020;
- in merito alla presunta "insufficiente velocità della linea internet" verificatasi, come sostenuto dalla parte istante, dal "10 agosto 2020" fino "a fine settembre 2020", in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'operatore, deve evidenziarsi, con riferimento alla domanda *sub ii*) volta ad ottenere l' "[i]ndennizzo per connessione lenta" che la stessa è inammissibile, trattandosi di domanda nuova rispetto alle richieste contenute nell'istanza di conciliazione a suo tempo promossa e violando, con ciò, il principio dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. Al riguardo giova comunque precisare, senza entrare nel merito, che si tratterebbe di fattispecie non indennizzabile ai sensi del Regolamento indennizzi.

Ciò premesso, l'odierna disamina s'incentra su ripetuti continuativi malfunzionamenti dei servizi a partire dalla data del 3 maggio 2020 e fino al ripristino della funzionalità della linea avvenuta il 30 luglio 2020 a seguito di istanza di adozione di provvedimento temporaneo.

Nel caso che ci occupa, la parte istante ha lamentato ripetuti continuativi malfunzionamenti laddove il gestore ha sostenuto la genericità di quanto dedotto dall'istante, anche sotto il profilo temporale, non essendo stato indicato "il *dies a quo* ed il *dies ad quem* del contestato malfunzionamento". Il gestore ha sostenuto inoltre l'assenza di documentazione comprovante l'invio di reclami e il regolare funzionamento dell'utenza "per l'intero periodo indicato *ex adverso*".

Sul punto, giova precisare che, nonostante l'istanza di cui si discute risulti generica sotto il profilo temporale, la stessa è supportata da sufficiente documentazione inerente le segnalazioni di malfunzionamento con particolare riferimento alle tre richieste di intervento effettuate nei mesi di maggio, giugno e luglio dell'anno 2020, delle quali risulta agli atti il relativo tracciamento, oltre alle connesse PEC. Per tale motivo si è ritenuto di avviare il relativo procedimento nell'ottica del *favor utentis*, per accertare, in sede istruttoria, la sussistenza o meno di pregiudizi suscettibili di indennizzo a carico dell'istante.

Pertanto, ciò premesso, la domanda *sub i*) è meritevole di accoglimento nei termini di seguito esposti.

In primis, si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, Cass. Civ. 9 febbraio 2004 n. 2387, e da ultimo Cass. Civ. sez. II 20 gennaio 2010 n. 936) in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione secondo cui "il creditore che agisce per la risoluzione

contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento". 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"*.

Si richiamano altresì gli obblighi posti a carico degli operatori, di cui alla delibera Agcom n. 179/03/CSP, richiamati dalle Carte dei servizi e dalle Condizioni generali di Contratto di ciascun operatore, in particolare l'obbligo di garantire un'erogazione continua ed interrotta dei servizi offerti, nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, impegnandosi al ripristino entro termini congrui. Di conseguenza, allorquando l'utente, in caso di malfunzionamento di un servizio di comunicazione elettronica, non può pienamente godere, con le modalità prescelte, del servizio acquistato e l'operatore non risolve la situazione nel rispetto dei termini previsti dal contratto, nonché dalla normativa sugli standard di qualità, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per il periodo di disservizio.

Nel caso di specie, dagli atti del procedimento risultano tre segnalazioni effettuate dalla parte istante al servizio clienti TIM (seguite da altrettante PEC), in data 3 maggio 2020, 15 giugno 2020 e 24 luglio 2020. Tali segnalazioni debitamente tracciate con i numeri di pratica possono ritenersi riferibili all'operatore.

Al riguardo, deve osservarsi che l'operatore TIM avrebbe dovuto provare di aver fornito in modo regolare e continuo il servizio e/o di avere svolto tutte le attività necessarie per escludere la propria responsabilità in merito ai disservizi lamentati dall'utente.

In particolare, attesa la contestazione dell'utente di aver subito ripetute e continuative interruzioni del servizio, l'operatore, con riferimento alle singole segnalazioni tracciate nei giorni del 3 maggio 2020, 15 giugno 2020 e 24 luglio 2020, avrebbe dovuto provare il corretto funzionamento, allegando documentazione idonea a dimostrare di aver effettuato tutte le operazioni idonee a garantire all'utente l'erogazione continua del servizio.

L'operatore, invece, si è limitato a rilevare l'assenza di documentazione comprovante l'invio di reclami e a sostenere il regolare funzionamento dell'utenza *"per l'intero periodo indicato ex adverso"*, laddove avrebbe dovuto produrre copia dei *files* di *log* delle relative connessioni ADSL e del traffico voce generato dall'utenza comprovando la regolare somministrazione del servizio.

Quindi, per quanto sopra esposto, in assenza agli atti di documentazione probatoria idonea ad escludere la responsabilità dell'operatore TIM per quanto attiene la mancata erogazione del servizio per il periodo dedotto in controversia, si ritiene che sia da ascrivere a detto operatore, ai sensi dell'art. 1218 del codice civile, la responsabilità in ordine al disservizio patito dall'istante.

Ne consegue che, per quanto riguarda la discontinua fornitura del servizio fonia e ADSL, ai fini del calcolo dell'indennizzo, si richiama quanto previsto dall'art. 6, comma 2, in combinato disposto con l'art. 13 comma 1 del vigente Regolamento indennizzi, nel quale è previsto che *"[n]el caso di irregolare o discontinua erogazione del servizio, imputabile all'operatore, che non comporti la completa interruzione del servizio, o di mancato rispetto degli standard qualitativi stabiliti nella carta dei servizi di ciascun operatore, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad euro 3 per ogni giorno di malfunzionamento"*.

Ciò posto, per quanto attiene al periodo rispetto al quale computare detto indennizzo s'individua il *dies a quo* nel 7 maggio 2020, detratti i due giorni lavorativi previsti dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la riparazione del guasto dalla prima segnalazione riferita in atti (domenica 3 maggio 2020), e il *dies a quem* nel 29 luglio 2020 (giorno antecedente il ripristino dei servizi).

Pertanto l'indennizzo da riconoscere all'utente è pari all'importo di euro 498,00 (euro 3,00 *pro die* per il servizio fonia + euro 3,00 *pro die* per il servizio ADSL per 83 giorni).

Viceversa, si precisa inoltre che il disservizio *de quo* non configura un'ipotesi di storno della fatturazione emessa nell'intervallo temporale interessato dalla discontinua erogazione, in quanto la fruizione irregolare di un servizio come nel caso di specie, ovvero la qualità non adeguata agli *standard* dello stesso, "*non configura di per sé il diritto alla ripetizione dei canoni ovvero allo storno di fatture non pagate poiché il servizio, seppur con scarsa soddisfazione del cliente, risulta comunque erogato e fruito; l'utente, in tali casi, conserva il diritto agli indennizzi previsti ove si riscontri la fondatezza delle proprie doglianze*" (*ex plurimis* Delibere Agcom n. 67/15/CIR , n. 1/18/CIR e n. 56/20/CIR).

DETERMINA

TIM SpA (Kena mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 28/01/2021, è tenuta a corrispondere in favore dell'istante, per le motivazioni di cui in narrativa entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, con le modalità di pagamento indicate in istanza, la somma di euro 498,00 (quattrocentonovantotto/00) maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, a titolo di indennizzo ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del vigente Regolamento indennizzi, per la discontinua erogazione dei servizi di fonia e ADSL sull'utenza n. 0585 873xxx, al netto delle eventuali note di credito erogate.

La predetta Società TIM SpA (Kena mobile), è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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 dirigente

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.)