DELIBERA N. 85/2020/Corecom Toscana

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxxx - TIM S.p.A.
(GU14/86628/2019)

Il Corecom della RegioneToscana

NELLA riunione del 4 settembre 2020;

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. 353/19/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);

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 società cooperativa, del 20/02/2019 acquisita con protocollo N. 0073194 del 20/02/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto *business* con l'operatore TIM S.p.A. (di seguito, per brevità, TIM) sull'utenza n. 050 80xxxx, lamenta la mancata attivazione del servizio voce e ADSL, nonché la fatturazione emessa in assenza nel periodo di assenza dei servizi.

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

- sottoscriveva un contratto con l'operatore TIM; in fase di stipula contrattuale, riceveva rassicurazioni circa il fatto che sarebbe stata possibile "*una navigazione di 20 mega*";
- "*dopo circa 2/3 settimane [dalla sottoscrizione] il tecnico (…) mandato [dall'operatore], ha fatto le dovute verifiche*" comunicando l'impossibilità dell'attivazione del *router* e del servizio a 20 mega; in particolare veniva informato circa "*l'impossibilità di navigazione internet a causa del segnale insufficiente e della eccessiva distanza dell'armadio (più di 300 metri)*". Il tecnico si premurava di informarlo che "*avrebbe provveduto a comunicare alla TIM il KO tecnico in modo da annullare il contratto*";
- a partire dal conto telefonico del 5° bimestre del 2017, l'operatore iniziava ad emettere la fatturazione, nonostante "*non [avesse] mai usufruito della linea telefonica ed internet*".;
- "*la fatturazione [veniva] sempre contestata al call-center e con reclami scritti*";
- in data 20/10/2017 inviava un reclamo a mezzo fax all'operatore chiedendo "*l'annullamento delle fatture emesse dall'inizio del rapporto contrattuale 5° 2017 (giugno/luglio) dal momento che non [aveva] mai usufruito della linea 050803xxxx né per la linea voce né per internet in quanto non è mai avvenuta l'attivazione*". Nel reclamo precisava che il tecnico lo aveva informato circa "*l'impossibilità di navigazione a 20 mega, elemento essenziale per la [sua] attività, per cui non mi [aveva] consegnato né installato alcun modem*";

- in data 06/06/2018 inviava un ulteriore reclamo all'operatore a mezzo PEC, precisando nuovamente di non aver "*mai usufruito della linea telefonica e tanto meno quella internet*".

In base a tali premesse l'istante, quantificando "*i rimborsi o indennizzi richiesti in euro in 4.500.00*", ha chiesto:

i) "*la chiusura del contratto in esenzione spese*";
ii) "*lo storno dell'insoluto ad oggi esistente e di quello futuro, con conseguente annullamento di tutte le fatture emesse e di futura emissione, fino a conclusione del ciclo di fatturazione*";
iii) "*il ritiro della pratica di recupero crediti a (…) cura e spese*" del gestore;
iv) l'"*indennizzo per mancata attivazione del servizio, per errata fatturazione e per mancata risposta al reclamo e alle segnalazioni effettuate telefonicamente*".

2. La posizione dell'operatore.

La società TIM ha dedotto 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. [Parte istante] asserisce di aver sofferto un disagio senza tuttavia fornire alcun elemento da cui desumere l'effettività del pregiudizio subito, il nesso causale tra questo e l'evento, né tantomeno la relativa riconducibilità alla sfera giuridico-soggettiva di TIM che, ai fini della presente causa, non può non dichiararsi totalmente estranea alla vicenda*".

Nel merito l'operatore ha evidenziato quanto di seguito riportato.

"*In primo luogo, è opportuno precisare che nessuna mancata attivazione è addebitabile a TIM nel caso di specie: la linea n. 050.80xxx4 risulta cessata per morosità in data 28 febbraio 2018 ma che, prima di ciò, ha subito numerosi disservizi/segnalazioni – inclusa la componente ADSL (così come si evince dal retrocartellino allegato Doc. 1) - sicché non risponde al vero ciò di cui si lamenta la società istante in questa sede.*

Per l'esattezza, il primo ticket è stato aperto in data 1 settembre 2017 e chiuso in pari data, il secondo è stato aperto in data 23 novembre 2017 e chiuso in pari data, il terzo è stato aperto in data 25 luglio 2018 e chiuso in pari data.

In tutte le occasioni in parola, i tecnici annotavano che il cliente aveva bisogno di assistenza a pagamento per la connessione ("mancata connessione in wireless con modem privato") ma rifiutava quella offerta da TIM, che si limitava a chiudere tempestivamente l'esigenza, sicché non sussistono margini per riconoscere eventuali indennizzi (atteso che le segnalazioni venivano chiuse nel rispetto dei termini contrattuali previsti), vieppiù per l'ultima, quando l'utenza risulta[va] già cessata per morosità da mesi. La ricostruzione di parte avversa, secondo cui non era possibile garantire una navigazione internet a 20 MB "a causa del segnale insufficiente e della eccessiva distanza dell'armadio (…) e, pertanto, non si provvedeva ad installare il router/attivare la linea, non risponde al vero perché Pinocchio subiva una sospensione amministrativa dal 20 ottobre 2017 e, il successivo 30 novembre 2017, riceveva una

lettera di risoluzione contrattuale (Doc. 2), sicché nel periodo di apertura ticket è chiaro che il collegamento non fosse funzionante. Ciò è da collocarsi nell'ambito delle attività gestionali contrattualmente riconosciute all'operatore a tutela del proprio diritto di credito ai sensi dell'art. 19 delle Condizioni generali di accesso al servizio telefonico di base "Impresa Semplice", secondo cui "Il Cliente è tenuto al pagamento della fattura entro la data di scadenza ivi riportata. Fatti salvi gli altri casi di sospensione del Servizio e quanto disposto in materia di indennità per ritardato pagamento, Telecom Italia, previa comunicazione mediante avviso scritto anche via fax, via sms, via e-mail e/o telefonico, può sospendere il Servizio al Cliente a partire dal quinto giorno successivo alla data di scadenza della fattura insoluta" (Doc. 3). Appare dunque pacifico come ogni iniziativa intrapresa da TIM in termini di sollecito di pagamento e/o sospensione amministrativa delle linee de quibus non possa intendersi contra jus, perché esattamente prevista dal contratto e ricadente nell'ambito di un'attività gestionale posta a tutela del diritto di credito vantato dall'operatore, certamente insuscettibile di indennizzo perché oggetto di apposita previsione contrattuale, conosciuta ed accettata dall'istante. Si precisa che la somma di cui controparte è debitrice nei confronti di TIM è pari ad € 985,63, così come risultante dalla sommatoria degli importi delle fatture depositate da controparte, che nulla ritiene dovuto in assenza di dettaglio traffico. Ebbene, trattandosi di profilo commerciale flat, nessun dettaglio è possibile rinvenire all'interno delle menzionate fatture ma, fermo restando ciò, è pacifico l'espletamento - a luglio 2017 - degli ordinativi di attivazione (fonia + ADSL) come da schermate che si allegano (Doc. 4). Non risultano note in merito all'inesercibilità della linea o alla mancata consegna del modem".

3. La replica dell'istante.

Con nota di replica, parte istante ha respinto quanto dedotto da TIM in memoria, ribadendo le proprie richieste ed evidenziando che:

- "*l'utente non ha mai usufruito della linea voce ed internet a causa della mancata attivazione del servizio;*
- *il modem non è mai stato installato e di conseguenza il servizio mai usufruito come anche quello voce;*
- *l'operatore non ha fornito prova della consegna del modem, del traffico voce e dati che sarebbero stati generati nel periodo che va dal 28/07/2017 al 20/10/2017 (cessazione amministrativa);*
- *il gestore non ha fornito nessuna prova di un riscontro alle segnalazioni ed ai reclami, nonostante le lamentele di disagio da parte del cliente*".

4. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In primis, si osserva che, con riferimento alla domanda *sub i)* volta ad ottenere "*la chiusura del contratto*", è venuta meno, sul punto, la materia del contendere, atteso che

come evidenziato dall'operatore medesimo in memoria, "*la linea n. 050.80xxx risulta cessata per morosità in data 28 febbraio 2018*".

Entrando nel merito della controversia giova premettere una breve ricostruzione della vicenda al fine di procedere ad un corretto inquadramento della domanda dell'utente *sub iv)* volta ad ottenere l'"*indennizzo per mancata attivazione del servizio*". Infatti, l'operatore, al riguardo, assume di aver regolarmente attivato i servizi depositando una schermata estratta dai propri sistemi dalla quale si evince l'emissione in data 26/07/2017 dell'ordine di attivazione in data 28/07/2017". In relazione a tale data, l'operatore ha dedotto che, dai propri sistemi, emerge "*la registrazione dell'appuntamento e la chiusura con la nota OK Delivery*". L'operatore ha, inoltre, evidenziato di aver ricevuto delle segnalazioni dall'utente (01/09/2017, 23/11/2017 e 25/07/2018), precisando che tutte le segnalazioni erano state chiuse in pari data, atteso che "*i tecnici annotavano che il cliente aveva bisogno di assistenza a pagamento per la connessione ("mancata connessione in wireless con modem privato") ma rifiutava quella offerta da TIM, che si limitava a chiudere tempestivamente l'esigenza*".

Viceversa, le dichiarazioni dell'istante sono di tenore diverso. Innanzitutto, ha dedotto, in istanza e ribadito con nota di replica, che i servizi di fonia e ADSL sul numero *de quo* non sono mai stati attivati, stante il KO tecnico ricevuto dal tecnico intervenuto *in loco* in data 28/07/2017. In relazione a tale intervento, l'asserita promessa fatta dal tecnico di provvedere all'annullamento dell'ordinativo medesimo non risulta provata dall'utente, il quale pur avendo affermato di aver più volte reclamato presso il *call center*, non ha depositato agli atti alcun tracciamento di chiamata prima del reclamo inviato a mezzo fax all'operatore il giorno 20/10/2017. Al riguardo deve essere evidenziato detta missiva è incentrata sulla contestazione della fattura, con la quale l'utente non chiede l'attivazione dei servizi, ma al contrario viene fatto prevalere l'interesse alla validità dell'annullamento dell'ordinativo di attivazione.

In assenza dunque di segnalazioni volte ad ottenere il corretto funzionamento dei servizi viene in rilievo la delibera Agcom n. 69/11/CIR, nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, per cui "*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*", (si vedano le Delibere Agcom nn. 100/12/CIR, 113/12/CIR ed altre). È evidente che, in assenza di segnalazione da parte del cliente, il gestore non può venire a conoscenza del supposto disservizio o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dal cliente. In effetti, in presenza di qualsivoglia inconveniente, l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente. Nel caso di specie è evidente che l'utente confidava sull'avvenuto annullamento dell'attivazione dei servizi una volta appreso dal tecnico intervenuto in loco che, comunque, non erano non attivabili nelle modalità richieste ossia appurata "*l'impossibilità di navigazione a 20 mega, elemento essenziale per la [sua] attività, per cui non mi [aveva] consegnato né installato alcun modem*".

Ne deriva che la domanda *sub iv)* volta ad ottenere l'"*indennizzo per mancata attivazione del servizio"* non può trovare accoglimento.

Viceversa, possono essere accolte le richieste *sub ii)* e *iii)*, nei termini di seguito indicati.

In primis, a fronte delle doglianze dell'utente, viene in rilievo 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*".

Nel caso di specie, si rileva che l'operatore TIM, prima della cessazione del contratto, ha dichiarato di aver attivato la fornitura dei servizi dell'utenza *de qua*, rappresentando di aver erogato i servizi intervenendo alle segnalazioni. In particolare, l'istante ha evidenziato come le fatture non riportassero i dati del traffico effettuato. Sul punto la società TIM si è limitata a rappresentare che "*trattandosi di profilo commerciale flat, nessun dettaglio è possibile rinvenire all'interno delle menzionate fatture*" laddove avrebbe dovuto depositare la documentazione idonea a provare la fruizione dei servizi da parte dell'utente mediante la produzione dei tabulati del traffico e *report* delle connessioni ad internet.

Pertanto, l'operatore TIM è tenuto al rimborso e/o storno degli importi addebitati in fattura a partire dall'attivazione dei servizi fino alla fine del ciclo di fatturazione, in quanto, in mancanza di prova della prestazione erogata, non è legittimo esigere il pagamento della stessa. Si dispone, inoltre, l'obbligo della regolarizzazione della posizione amministrativo-contabile dell'utente.

Diversamente non può essere soddisfatta la richiesta *sub iv)* avente ad oggetto l'indennizzo per "*errata fatturazione*", posto che il vigente Regolamento sugli indennizzi non prevede tale doglianza quale fattispecie indennizzabile.

Infine, può essere accolta la domanda d'indennizzo *sub iv)* per la mancata risposta al reclamo scritto di cui il più primo in atti è stato inviato in data 20/10/2017 a mezzo fax dall'utente. Sul punto, infatti, l'operatore non ha provato di aver risposto all'utente, lasciando incontestata la doglianza dello stesso ribadita anche nella memoria di replica.

Dunque, atteso che il disposto dell'art. 8, comma 4, della Delibera n. 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), prevede che la

risposta al reclamo debba essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta), in forma scritta nei casi di rigetto, la mancata risposta al reclamo giustifica il riconoscimento all'utente di un indennizzo "*da mancata risposta al reclamo*".

Ne consegue che l'istante ha diritto alla corresponsione di *un indennizzo pari a euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino a un massimo di euro 300*, in base a quanto previsto dall'art. 12, comma 1, del *Regolamento sugli Indennizzi*.

Ai fini del calcolo dell'indennizzo si determina il *dies a quo* nella data del 20/11/2017, detratto il tempo utile di 30 giorni previsto dalla Carta dei Servizi dell'operatore per la risposta al reclamo sopracitato ed il *dies ad quem* nella data dell'udienza di conciliazione del 20/02/2019.

Pertanto, in accoglimento della domanda *sub v)*, l'istante ha diritto alla corresponsione dell'indennizzo da computarsi nella misura massima di euro 300,00.

UDITA la relazione del Dirigente, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Toscana accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla società cooperativa xxx, in persona del legale rappresentante *pro tempore* nei confronti di TIM S.p.A.

2. La società TIM S.p.A. è tenuta alla regolarizzazione della posizione amministrativa della parte istante mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento oltre agli interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia) di tutta la fatturazione inerente all'utenza n. 050 803xxxx, fino a conclusione del ciclo di fatturazione; dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

3. La società TIM S.p.A. è tenuta al pagamento, tramite assegno o bonifico bancario, in favore di parte istante di euro 300,00 (trecento/00) a titolo di mancata risposta al reclamo oltre agli interessi legali 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, ai sensi dell'articolo 20, 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 entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Firenze, 4 settembre 2020

Il Segretario	Il Presidente
Cinzia Guerrini	*Enzo Brogi*

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