

DELIBERA DL/076/17/CRL/UD del 05 giugno 2017
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
RISTORAPIDA RETAIL ITALIA XXX / TELECOM ITALIA XXX / VODAFONE ITALIA XXX
(LAZIO/D/593/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 05 giugno 2017;

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”;

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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, 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”;

VISTA l’istanza della Ristorapida Retail Italia XXX presentata in data 8.07.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

La Ristorapida Retail Italia XXX –di seguito per brevità “Ristorapida”- nell’istanza di definizione ha lamentato nei confronti di Telecom Italia XXX -di seguito per brevità “Telecom”- e di “Vodafone Italia XXX” -di seguito per brevità “Vodafone”- quanto segue:

a. L’utente ha evidenziato in primo luogo l’inosservanza del provvedimento temporaneo n. U2394/15 emesso da questa Autorità il 5.05.2015, nei confronti di entrambi i gestori.

b. Nel mese di luglio 2013 l’utente richiedeva il passaggio di n.8 linee fisse (06 ****699, 06 ****495, 06 *****154, 06 *****802, 06 *****806, 06 *****816, 06 *****817 e 06 *****829) e di n. 3 linee mobili (393.***867, 339 ****870, 339 ****787) da Vodafone a Telecom.

c. Si susseguivano diversi sms da parte di Telecom che comunicavano le date di vari appuntamenti per effettuare un trasloco, puntualmente disattesi dallo stesso gestore.

d. L'utente saldava regolarmente le fatture emesse per il servizio mobile fino alla fine del 2014.

e. Il 3.03.2015 Telecom provvedeva alla sospensione, senza preavviso, delle linee mobili per poi recapitare, in data 13 aprile 2015, una comunicazione di risoluzione contrattuale per le stesse linee, in violazione di quanto previsto dalla normativa di settore.

f. Tali linee venivano riattivate solo in data 5 maggio 2015, su procedura d'urgenza del Corecom, per poi sospenderle nuovamente dal 6 al 10 giugno 2015.

Sulla base di tali doglianze l'utente ha richiesto ad entrambi i gestori:

1. L'applicazione delle sanzioni ex art. 2 comma 20 lett. C, L. n. 481/95.

2. L'applicazione della sanzione amministrativa ex L. n. 31.07.1997 n. 249 per inottemperanza al provvedimento temporaneo n. U2394/15.

3. L'indennizzo per mancata attivazione delle linee fisse (06 ****699, 06 ****495, 06 *****154, 06 *****802, 06 *****806, 06 *****816, 06 *****817 e 06 *****829) per un totale di euro 190.890,00.

4. L'indennizzo ex art. 6 dell'All. A Del. n. 73/11 per un totale di euro 9.920,00 per omessa/ritardata portabilità dei nn. (06 ****699, 06 ****495, 06 *****154, 06 *****802, 06*****806, 06 *****816, 06 *****817 e 06 *****829.

5. L'indennizzo per disattivazione delle linee telefoniche mob. 393.****867, 339 ****870, 339****787 per un totale di euro 6.120,00.

6. L'indennizzo per mancata risposta ai reclami da parte di ciascun gestore, per euro 600,00.

7. L'indennizzo per l'eventuale perdita della numerazione nella misura massima di euro 1.000,00.

Il tutto oltre le spese per la procedura da quantificarsi in euro 300,00.

Nella memoria integrativa l'utente ribadiva quanto indicato nell'istanza introduttiva, insistendo nelle richieste già avanzate.

2. La posizione dell'operatore Vodafone.

Vodafone, ha, in primo luogo, eccepito l'inammissibilità dell'istanza introduttiva del procedimento poiché prolissa e poco chiara e, pertanto, in contrasto con quanto disposto ex art. 16 comma 2bis della Del. n. 173/07/Cons.

Nel merito, nel contestare la ricostruzione dell'istante, il gestore ha affermato che effettivamente, nel mese di luglio 2013, l'utente ha richiesto la migrazione delle utenze oggetto del procedimento da Vodafone a Telecom.

Nulla quaestio sulle linee mobili che –come riconosciuto dall'utente- venivano prontamente attivate.

Per quanto concerne le linee fisse, Vodafone ha evidenziato di aver correttamente compiuto –in qualità di donating- quanto di sua spettanza in relazione alla migrazione verso Telecom che si sarebbe compiuta regolarmente il 18.09.2013, come provato dalle schermate allegate alla memoria difensiva.

Il Gestore ha aggiunto che tale affermazione, già ribadita in sede di conciliazione, non è stata contestata da Telecom che, in quell'occasione aveva infatti proposto lo storno della morosità ed il riconoscimento di un indennizzo pari ad euro 500,00. L'utente era a conoscenza dell'estraneità di Vodafone alla problematica denunciata, tanto è vero che alcun reclamo è mai stato esperito nei confronti di tale gestore.

Del resto l'ultima fattura emessa da Vodafone, che non riguarda l'arco temporale di un intero bimestre, comprova l'avvenuto passaggio delle linee alla data del 18.09.2013.

Il gestore ha, inoltre, evidenziato la contraddittorietà delle domande avanzate dall'utente che ha richiesto contemporaneamente l'indennizzo per la mancata attivazione delle utenze a causa del mancato compimento del processo di migrazione e per il ritardo nella portabilità.

Il gestore ha, inoltre, specificato che, dalla disamina della schermata allegata, la richiesta di portabilità risulta pervenuta a Vodafone il 16.08.13 con compimento della Fase 2 in data 23-27.08.2013 e conseguente fissazione della data di consegna al 4.09.2013.

Da ultimo Vodafone ha invocato, nella denegata ipotesi di riconoscimento di responsabilità, l'applicazione dell'art. 3 comma 3 dell'All. A Del. 73/11/Cons per la quantificazione dell'indennizzo per ritardata attivazione del servizio.

Pertanto, sulla scorta di tutte le argomentazioni espresse il gestore ha declinato ogni responsabilità per le doglianze espresse dall'utente peraltro, prive di qualsiasi supporto probatorio.

3. La posizione dell'operatore Telecom.

Telecom ha chiesto il rigetto delle domande avanzate dall'utente, precisando quanto segue.

Quanto all'utenza n. 06*****99 l'istante aveva sottoscritto il rientro con il profilo tariffario Tim Valore + ISDN, con diversi numeri secondari (06*****95, 06*****154, 06*****802, 06*****806, 06*****816, 06*****817, 06*****829). Per tale utenza l'ordinativo di riattivazione veniva espletato definitivamente il 5.09.2013 all'indirizzo via Aurelia n. xxx. Sono poi state lavorate più volte esigenze di trasloco, scartate per problemi tecnici. In data 14.03.2014 l'ordine veniva annullato per espressa richiesta dell'istante. Tuttavia, in data 6.05.2015 veniva disposta, in modo fittizio, la riattivazione dell'utenza ex art. 5 del Regolamento per consentire il trasloco in via xxxx Nera n. 63, regolarmente eseguito il 26.08.2015.

Quanto all'utenza n. 06*****154 l'ordinativo di riattivazione RTG in Via Giovanni Battista Somis n. xx, pervenuto il 23.08.2013, veniva espletato in modo fittizio il 17.09.2013. Anche per tale utenza venivano espletati diversi ordini di trasloco con esito negativo a causa di problemi tecnici. Nel mese di maggio 2014 veniva emesso un ordinativo di cessazione della linea rientrata fittiziamente, poi annullato in data 6.05.2015 per la riattivazione dell'utenza disposta ex art. 5 del Regolamento di cui alla Del. n.173/07/Cons. A tal riguardo l'ordinativo di trasloco RTG in via xxxxx Nera n. 63 veniva definitivamente espletato il 26.08.2015. Il successivo 1.09. il gestore riceveva un ordinativo di cessazione per l'utenza sopra indicata.

Quanto all'utenza n. 06****495 l'ordinativo di riattivazione ISDN in Via Aurelia n. xxx, pervenuto il 23.08.13, veniva espletato in modo fittizio il 5.09.13, mentre l'ordinativo di trasloco ISDN in via xxxx Nera n. 63, pervenuto il 6.09.13, veniva eseguito definitivamente il 12.09.2013.

Rispetto alle linee mobili, non risultava alcun reclamo che giustificasse il mancato pagamento delle fatture emesse. Sotto il profilo amministrativo l'utente presentava una morosità per le linee fisse pari ad euro 2.605,04 e, per quelle mobili, pari ad euro 1.276,16.

Il gestore sulla base di tutte le argomentazioni esposte, ha concluso per il rigetto delle domande avanzate dall'utente.

4. La replica dell'utente.

Nelle repliche l'utente ha obiettato al gestore Telecom quanto segue.

In primo luogo Ristorapida aveva chiesto il rientro non di 3 linee fisse, bensì di n. 8 linee fisse, oltre alle 3 mobili ed agli altri servizi richiesti.

Rispetto alla linea n. 06*****99 il gestore ha affermato di essere riuscito ad espletare definitivamente il procedimento di rientro presso l'indirizzo di via Aurelia n. xx, mentre l'indirizzo fornito dall'utente era via di Selva Nera n. xx;

Le difficoltà prospettate dal gestore in ordine alla conclusione del procedimento non sono, in realtà, supportate da alcun elemento probatorio. La missiva datata 20.02.2014, citata da Telecom non era mai stata ricevuta dall'utente né quest'ultimo ha mai richiesto l'annullamento dell'ordine come riferito, invece, dallo stesso gestore.

Contrariamente a quanto riferito da Telecom, non vi è mai stata alcuna attivazione né il 6.05.15 né, tanto meno, il 6.08.15.

Rispetto alle argomentazioni di Vodafone, l'utente ha rilevato quanto segue:

Preliminarmente ha ribadito l'ammissibilità dell'istanza in quanto essendo stata riassunta in maniera chiara e sintetica la questione per cui è procedimento.

il gestore non ha prodotto nulla a sostegno dell'affermazione secondo cui la migrazione si sarebbe effettivamente compiuta.

Ciò detto, l'utente ribadiva le conclusioni già rassegnate nei precedenti scritti difensivi chiedendone l'accoglimento.

5. La replica di Telecom.

Telecom ha replicato a quanto affermato dall'utente nella propria memoria integrativa precisando quanto segue.

Il gestore si è opposto, ritenendole infondate, alle richieste di applicazione delle sanzioni previste ex art. 2, comma 20, lett. C L. n. 481/1995 e ex art. 1, comma 31 L. n. 249/1997.

Telecom in relazione alle richieste di indennizzo per l'asserita mancata attivazione, l'omessa portabilità dei numeri, ha ribadito come dalle schermate prodotte si desuma l'avvenuto espletamento degli ordini ricevuti per le singole utenze interessate, gestite sotto il profilo della loro concreta attivazione alla luce delle difficoltà tecniche incontrate nelle attività di trasloco delle stesse.

Quanto all'indennizzo per mancata risposta al reclamo il Gestore ha evidenziato che non avendo l'utente allegato, né in sede di conciliazione né in sede di definizione, alcuna copia di reclami inoltrati, la relativa domanda non può essere accolta.

Da ultimo Telecom si è opposta anche alla richiesta di rimborso delle spese di procedura tenendo conto dell'infondatezza delle domande avanzate dall'utente e della propria disponibilità ad addivenire ad una soluzione transattiva della controversia.

6. Motivazione della decisione.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa parzialmente i requisiti di ammissibilità e previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto parzialmente proponibile.

Non sono ammissibili le richieste di applicazione delle sanzioni previste dall'art. 2 comma 20 lett.C, L. n. 481/95 nonché dalla L. n. 31.07.1997 n. 249 ai sensi dell'art. 19, comma 4 del Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS che delimita l'oggetto della pronuncia alla condanna dell'operatore, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, "ad effettuare rimborsi di somme non dovute ... o al pagamento di indennizzi" non essendo la competenza all'irrogazione delle sanzioni demandata ai Corecom, se non la segnalazione all'Autorità espressamente prevista in sede di procedura d'urgenza dall'art. 5 del Regolamento, a prescindere da ogni valutazione in merito alla fondatezza di detta richiesta. Peraltro, deve rilevarsi in proposito, come il procedimento urgente U2256 del 24.4.2015 si sia concluso con un provvedimento di archiviazione senza trasmissione degli atti ad Agcom per il rilievo di inottemperanza.

Viene rigettata la domanda di Vodafone, di inammissibilità delle domande dell'utente perché esposte in violazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti, in quanto l'art.16, comma 2 bis e relative Linee Guida di applicazione, non sanzionano con l'inammissibilità dell'istanza la violazione del principio di sinteticità e chiarezza degli atti, bensì prevedono mere ripercussioni sulla quantificazione delle spese di procedura, indipendenti dall'esito della definizione; nel caso in esame, essendo l'istanza, le memorie e le repliche di parte istante esposte in maniera inutilmente prolissa, con effetto defatigatorio per le controparti e lo stesso organo giudicante, costretto ad esaminare la res controversa tra le molte duplicazioni di richieste, anche configgenti fra loro per i medesimi fatti, e richiami regolamentari inconferenti con la fattispecie oggetto di controversia, si rinviene una violazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti, con le prescritte conseguenze di cui si dirà *infra*, al paragrafo sulle spese di procedura.

Quanto all'eccezione dell'utente circa la mancata effettiva conoscenza della documentazione allegata alla memoria Telecom per illeggibilità degli allegati, stante il regolare deposito al Corecom dei documenti, non risulta che l'utente abbia poi richiesto, in ultima ipotesi all'udienza di discussione, alcuna rimessione nei termini per le repliche ma abbia replicato punto per punto alla memoria del gestore.

6.1 Sulla richiesta di indennizzo per omessa attivazione e per omessa portabilità.

L'utente propone domanda per il riconoscimento degli indennizzi sia per l'omessa attivazione di servizi che per l'omessa portabilità del numero che, diversamente, attengono a due fattispecie tecnicamente distinte.

Nel caso di specie, deve rilevarsi l'esclusiva applicabilità dell'art.3 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, avuto riguardo all'omessa attivazione dei servizi in concomitanza di una procedura di migrazione, nonché di trasloco, trattandosi di procedura condotta ai sensi della Del. n. 274/07/Cons e s.m. (ULL + NP), come risulta chiaramente indicato nel contratto depositato dall'istante.

In tutt'altra fattispecie tecnica e regolamentare (Del. n. 35/10/CONS e s.m.) si versa con l' applicazione dell'art.6 Del Regolamento indennizzi, laddove ad essere trasferito è il solo numero (NP PURA) senza contestuale passaggio della risorsa aggregata di accesso. Peraltro, anche ai sensi di tale previsione, ad essere sanzionato sarebbe l'eventuale disservizio legato al passaggio del solo numero, senza moltiplicazione del parametro economico, ovviamente, per il numero di servizi attestati sulla risorsa che non è oggetto di trasferimento da un operatore ad un altro.

L'utente, nelle difese svolte, si duole della mancata attivazione dei servizi con Telecom inerenti n. 8 linee fisse, contrattualizzate per il rientro in data 18.7.2013.

Nello specifico ha lamentato che nonostante un intervento tecnico presso la sede di via xxxxx Nera 63, il gestore, dopo aver rinviato numerosi appuntamenti fissati (per un trasloco), non aveva mai provveduto all'attivazione dei servizi.

La domanda è parzialmente fondata e può essere accolta nei limiti di seguito indicati.

Occorre premettere che la delibera 274/07/CONS introduce una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi.

In particolare, l'articolo 17 detta alcuni principi di carattere generale relativi alle procedure di migrazione/attivazione, stabilendo al comma 2 che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale e al comma 12 che le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori. A tal fine, le modalità di gestione dei servizi di accesso prevedono procedure di consegna del servizio a data certa, indicata dal recipient (c.d. D.A.C. data di attesa consegna) in fase di invio dell'ordine sulla base delle indicazioni del cliente.

Nella fattispecie, si è in presenza di un processo di migrazione mediante passaggio tra due operatori, Vodafone a Telecom.

Ciò premesso, in base ai principi generali sull'onere della prova, in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n.15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce 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, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Inoltre, 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, espresso in svariate pronunce (ex plurimis, Delibere Agcom 85/07/CIR, 45/08/CIR, 54/08/CIR, 15/09/CIR e 39/09/CIR), 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 la ritardata o la mancata attivazione del servizio, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze ad esso non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da propria colpa. Anche in questi casi, tuttavia, deve fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, rispetto alle quali non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto.

A fronte della deduzione della mancata attivazione dei servizi presso Telecom, spettava dunque ai due operatori coinvolti nel processo, nei rispettivi ruoli di donating e recipient, provare le cause esimenti da responsabilità per l'inadempimento occorso e conseguentemente, di aver costantemente tenuto aggiornato l'utente sulle difficoltà incontrate o sull'esistenza di impedimenti tecnici.

Vodafone ha declinato la propria responsabilità evidenziando di aver effettuato tutto quanto era di sua competenza –in qualità di donating- e che Telecom aveva acquisito regolarmente le utenze il 18.09.2013.

Depositava in proposito schermata di rilascio delle numerazioni in esame, attinente alla fase 3, ove si evidenzia una prima richiesta di verifica da parte del Recipient in data 16.8.2013, cui sono seguite comunicazioni sugli esiti formali e gestionali da parte del Donating nella tempistica regolamentare; quindi è seguito l'ordine definitivo di rilascio in data 23.8.2013 con fissazione della DAC il 18.9.2013 alle ore 6:19; la procedura si è pertanto conclusa il 18.9.2013 con la ricezione della notifica di "espletamento vs Donating. Notifica di cessazione" (notifica 12) .

E' stata anche depositata fattura finale Vodafone recante la data di chiusura contratto (23.09.2013), in realtà inconferente perché relativa ad una delle utenze mobili (la n.393****67).

La notifica di espletamento da parte di Telecom risultante *per tabulas* (peraltro le risultanze sulla migrazione sono concordanti anche con le schermate prodotte lato Telecom) esonerano da responsabilità Vodafone sulla migrazione sia sotto il profilo gestionale delle richieste, che sotto quello temporale.

Si tratta ora di verificare l'eventuale responsabilità a carico di Telecom, in ordine alle problematiche medesime.

Va preliminarmente specificato che sono in atti due proposte di attivazione del 18.7.2013, aventi ad oggetto una la linea n. 06****99 quale linea principale (Linea telefonica DN1) con applicazione del profilo "Linea Valore + ISDN" con promozione tariffaria "Tutto senza Limiti ADSL" con associate sette linee secondarie (nn. 06****95, 06****54, 06****02, 06****06, 06****16, 06****17, 06****29); una seconda proposta, datata sempre 18.7.2013, riguarda la linea 06****54 (Linea telefonica DN1) con applicazione del profilo, per l'accesso DN1, "Linea Valore". Entrambe le proposte contrattuali recano quale sede di attivazione, Via di XXX Nera n.65.

Rispetto alla linea principale DN1 n. 06*****99, Telecom ha dedotto che tale ordine veniva espletato definitivamente in data 5.09.13 all'indirizzo di Via Aurelia n. XXX. Il gestore avrebbe tentato poi più volte il trasloco di tale linea all'indirizzo di via xxxxx Nera n. 65, senza riuscirci per impedimenti tecnici: prima per un'errata individuazione della centrale di riferimento e poi per la necessità di lavori a carico dell'utente (tubazioni) che non avrebbero consentito l'allaccio della linea. Di tale ultima circostanza il Gestore rendeva edotta la Ristorapida con comunicazione del 20.02.2014, comunicazione tuttavia contestata dall'utente che ha replicato di non averla mai ricevuta. Successivamente l'utente avrebbe richiesto espressamente l'annullamento della richiesta, circostanza anche questa contestata.

Telecom ha enunciato diverse problematiche tecniche ad essa non imputabili, anche per l'utenza DN1 n. 06*****54, citando una serie di ordini di trasloco non andati a buon fine, l'ultimo dei quali a causa di lavori a carico dell'utente non eseguiti. Per tale utenza l'ordinativo veniva prima annullato a seguito di irreperibilità del cliente e poi cessato fittiziamente per far rientrare la linea ed ancora, in data 6.05.2015, "annullato per riattivazione dell'utenza disposta ex art. 5 Del n.173/07/Cons.". L'ordinativo di trasloco in Via xxx Nera n. 63 –sempre secondo il gestore- veniva espletato definitivamente il 26.08.2015, mentre il successivo 1.09.2015 perveniva richiesta di cessazione che, al momento del deposito della memoria, risultava ancora in lavorazione.

Quanto poi alla linea 06*****95 (DN2 in proposta di attivazione), l'ordinativo di riattivazione in via Aurelia n. XXX sarebbe stato espletato fittiziamente il 5.09.2013, mentre l'ordinativo di trasloco in via xxxxx Nera n. 63 sarebbe stato eseguito definitivamente il 12.09.2013.

Di tale successione di operazioni c'è riscontro fornito dalla divisione Wholesale in risposta alla procedura d'urgenza U2256 avviata 24.4.2015, allorquando si dava conto che le tre linee citate risultavano cessate per morosità nel mese di maggio 2014, e che, per tale motivo, era necessaria una riattivazione fittizia, propedeutica all'effettuazione del trasloco al civico 63 di via XXX Nera, per due, mentre per la terza era sufficiente annullare la cessazione in corso per attivare presso il civico 65.

Tuttavia, delle circostanze esimenti citate da Telecom, attivazioni presso sedi diverse, più successivi ordinativi di trasloco, c'è solo parziale riscontro nelle schermate depositate in sede di definizione, che recano quale dato certo unicamente DAC previste per il 4-5-9.2013, quindi piuttosto risalenti rispetto alle successive operazioni di trasloco e di cessazioni per morosità del 2014 e 2015 (riattivazioni fittizie + lavorazioni di trasloco a seguito di provvedimento temporaneo del Corecom) e detto riscontro è parziale ed insufficiente ad esimere il gestore dalla responsabilità per il mancato perfezionamento della procedura di rientro con attivazione effettiva dei servizi presso la sede desiderata che, pur a fronte di diversi indirizzi citati dal gestore e risultanti dalle schermate, è e resta quella indicata dal contratto (via di xxxxx Nera 65). Anche l'utente dà conto laconicamente di sms ricevuti dal gestore di appuntamenti per il trasloco ma non riferisce di averne richiesti di ulteriori, rispetto a quello necessario per la sede contrattualmente indicata, né uno ulteriore ad altro civico di via XXXX Nera (63) ; tuttavia dalla narrativa altrettanto laconica del gestore che indica attivazioni in indirizzi diversi da quello del contratto e poi "esigenze di trasloco" con diversi ordini di impedimenti tecnici, si evince che gli ordinativi furono necessitati da un errore iniziale di espletamento dell'ordine, non da richiesta *medio tempore* intervenuta da parte dell'utente, nel qual ultimo caso, trattandosi di circostanza esimente da responsabilità, il gestore avrebbe dovuto fornirne prova; invece, il gestore non ha supportato con documentazione probatoria adeguata tutte le riferite circostanze che hanno

portato, nella sua visione difensiva, al ritardo nell'attivazione (centralina errata, mancanza di tubazione, annullamenti dell'istante, cessazioni per morosità che hanno richiesto riattivazioni fittizie ecc), ammettendo altresì in memoria il rilevante ritardo nell'attivazione che, per due linee, sarebbe avvenuto il 26.8.2015 (post procedimento Gu5) e per un'altra, la n. xxxxxxx495, il 12.9.2013, data contestata dall'utente e comunque sfornita della prova (nella schermata tecnica) circa il reale indirizzo di attivazione. Anche le schermate relative alla numerazione xxxxxxx154, non centrano l'obiettivo probatorio circa l'effettiva attivazione presso la sede indicata anzi, sono confessorie nella direzione opposta, cioè di una prima attivazione, sempre nel settembre 2013, ad un altro indirizzo - via G. B. Somis xx- , comunque diverso da quello indicato nel contratto; anche la schermata relativa alla numerazione xxxxxxx568, attesta la medesima, errata attivazione in via G. B. Somis nel settembre 2013; quanto al DN1 xxxxxxx699, non vi è prova né della riferita –errata- attivazione in via Aurelia XXX, né di tutti i passaggi successivi che avrebbero portato all'attivazione, giusto due anni dopo, alla sede richiesta. Delle altre numerazioni –secondarie- associate, non ha fornito alcuna schermata tecnica probatoria.

In conclusione, assolto da parte dell'utente l'onere sul contratto quanto alla data di stipula e alla sede di attivazione richiesta (via di xxxx Nera 65), Telecom, a fronte di un'ammessa attivazione delle linee circa due anni dopo ed a seguito di istanza Gu5 (le dichiarazioni della Divisione Wholesale in fase di procedura urgente sono compatibili con tale tempistica), non ha provato di aver svolto correttamente le procedure inerenti la migrazione soprattutto in sede di provisionig tecnico (fase 3) che, deve dedursi, essere avvenuto in sedi errate, in quanto diverse da quella oggetto di stipula; anche i successivi interventi riparatori ai fini del trasloco, non sono stati documentati nelle cause esimenti che hanno determinato ulteriore ritardo nell'espletamento.

Pertanto Telecom è responsabile del ritardato rientro delle linee presso la sede richiesta dal cliente, dal 28.7.2013 (già detratti 10 giorni utili all'attivazione ex c.g.c. Telecom) alla dedotta data del 25.6.2015, per un totale di 697 giorni per le linee business oggetto del contratto di rientro; tuttavia, sul fronte della fattispecie indennizzatoria applicabile, è necessario, a fronte delle schermate lato Donating Vodafone e lato Recipient Telecom, suddividere il dedotto periodo di ritardo in due fasi; una, fino all'errata attivazione delle numerazioni presso sedi diverse da quella indicata, fino alla quale il ritardo si è tradotto in mera dilazione del trasferimento richiesto e forzata permanenza della gestione delle linee da parte di Vodafone; l'altra, fino a trasloco effettivo delle linee presso la sede richiesta, successivamente all'adozione del provvedimento d'urgenza.

Pertanto:

- dalla stipula del 18.7.2013, la migrazione avrebbe dovuto concludersi al più tardi al 28.7.2013 (come da c.g.c. Telecom che dispongono un termine abbreviato più favorevole al cliente rispetto a quello massimo di legge); dalle schermate è pacifico che l'ordine di Telecom per le verifiche è stato ricevuto da Vodafone il 18.8.2013, con D.A.C. prevista al 18.9.2013 e in pari data eseguita, come attesta la "notifica 12" inviata al Donating; ciò significa che solo dal 18.9.2013 Vodafone poteva effettivamente dismettere i servizi attivi mantenuti tali fino a quel momento. Pertanto, per i 52 giorni di ritardo nell'attivazione dei servizi a DAC prefissata, è applicabile il combinato disposto dell'art.3.3. e 12.2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS per le 8 linee voce in parola, più servizio ADSL attivo sul DN1 (xxxxxxx 699) - come si evince chiaramente dalla proposta di attivazione depositata- con tecnologia Broadband e profilo Tutto senza Limiti ADSL (Accesso DN1)- Sezione

OFFERTA. Non si evincono i dedotti servizi accessori fax e numero verde la cui prova era a carico del ricorrente, riguardando la fonte negoziale. Così, in totale, per il ritardo dal 28.7.2013 al 18.9.2013, spetta all'utente un indennizzo di Euro 1.404,00. Le linee vengono considerate nella loro totalità, in ragione della loro ultronea gestione da parte di Vodafone, per effetto del ritardo nell'importazione dei relativi DN associati al link di rilascio;

- dall'attivazione del 18.9.2013 nelle varie sedi specificate dal gestore (via Aurelia e via Somis, da ultimo via Selva Nera) fino alla data dedotta dall'utente del 25.6.2015, intercorrono 645 giorni di errata attivazione in sedi non richieste, con tentativi di trasloco ostacolati da impedimenti indimostrati, durante i quali deve presumersi che il servizio non poteva essere fruito regolarmente dall'utente, almeno nella sede in cui era stato richiesto. La presunzione nasce dalle modalità di rappresentazione dei fatti di parte istante, che nei copiosi e molteplici scritti difensivi fa sempre riferimento esclusivamente ad una mancata attivazione e/o mancata migrazione dei servizi, senza mai denunciarne esplicitamente l'interruzione (come di norma accade se i due gestori non sincronizzano i rispettivi compiti di attivazione e disattivazione, a valle del processo di migrazione); sotto un profilo formale pertanto, spetterebbe l'indennizzo previsto dal combinato artt.3.1 e 12.2 per i 645 giorni di inesatta esecuzione del contratto.

Tuttavia l'applicazione formalistica del parametro indennizzatorio non soddisfa le esigenze di equità e proporzionalità al disservizio subito, richiesta espressamente dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 (*"Codice delle Comunicazioni Elettroniche"*) per la risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Ai fini della concreta liquidazione dell'indennizzo occorre quindi anche valutare la condotta tenuta dall'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi tempestivamente a sua tutela in modo adeguato.

Sorge quindi la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP - di prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti: circostanza che si verificherebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto necessario ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 (*"Codice delle Comunicazioni Elettroniche"*) cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia *"in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte"*

nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico “ (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

In particolare, rileva prioritariamente ai fini dell'art. 1227 c.c., il comportamento dell'utente che non risulta aver mai inoltrato un reclamo scritto o una diffida all'attivazione dei servizi al gestore in quasi due anni di dedotto disservizio, salvo richiedere l'applicazione, direttamente nel contenzioso, del parametro massimo dell'art.3 che qualifica appunto l'interruzione totale del servizio, pur tuttavia senza farne oggetto di censura espressa ed inequivocabile in narrativa.

In particolare rilevano alcuni punti salienti di tale condotta:

- 1) non pare ragionevole che un'azienda di natura commerciale che utilizza 8 utenze business (per parlare solo di linee fisse) resti isolata per due anni senza sporgere un reclamo scritto o diffida a mezzo legale a tutela dei propri interessi, ma adisca direttamente il contenzioso amministrativo (precludendosi così, peraltro, la cognizione sull'eventuale danno);
- 2) l'utente aveva, comunque, a disposizione gli strumenti idonei a limitare il pregiudizio conseguente all'inesatta esecuzione del contratto. Infatti, ove avesse avuto interesse all'utilizzo dei servizi Telecom, avrebbe potuto avviare la procedura di conciliazione e d'urgenza appena avvedutasi dell'errore nell'attivazione, tramite una procedura che avrebbe potuto portare alla adozione di un provvedimento temporaneo entro soli 10 giorni dalla istanza; l'utente ha invece presentato istanza GU5 (ed istanza conciliativa concomitante), solo il 19.4.2015, quasi a due anni di distanza e in concomitanza della sospensione amministrativa delle utenze mobili cui la richiesta di cessazione dell'abuso era prevalentemente rivolta (cfr. Formulario Gu5 in atti) citando in narrativa, quanto alle linee fisse, una laconica *“mancata attivazione e/ migrazione dal 18.7.2013 ad oggi* “ che certamente non richiama una situazione emergenziale di assenza totale dei servizi di fonia fissi conseguente alla migrazione di due anni prima.
- 3) L'esposizione dei fatti di parte istante, come già anticipato, non contempla mai espressamente una interruzione dei servizi, né un'impossibilità di fruirne per conclamato errore da parte del gestore dell'indirizzo di attivazione; anzi riferisce di una sommaria informativa resa dall'assistenza clienti che rimandava gli appuntamenti tecnici per l'effettuazione del trasloco, senza mai spiegare se tale trasloco fosse stato richiesto dall'istante e perché, o fosse una mera misura adottata da Telecom subito dopo l'attivazione a DAC.
- 4) L'istante ha prodotto diverse fatture Telecom relative al periodo, riferite a sole 3 numerazioni delle 8 dedotte, domiciliate in tre indirizzi diversi, peraltro nessuno riconducibile alle sedi societarie risultanti dalla visura camerale prodotta a corredo dell'istanza, né riconducibili a quella indicata nel contratto; non risulta che alcune di queste fatture, anche di importi rilevanti, sia mai stata contestata dal cliente né in relazione all'importo fatturato a fronte di un servizio asseritamente non reso, né in relazione ad un'errata sede di attivazione che ne rendesse impossibile la fruizione (via G. B. Somis, Via Aurelia, Via Selva Nera); su un'utenza è peraltro addirittura presente traffico telefonico.
- 5) La fatturazione per sole tre, delle linee, risulta compatibile (ed anche per una sede di attivazione, in verità) con le proposte di attivazione versate in atti, laddove una PDA presenta come DN1, quindi linea principale, la numerazione xxxxxx699 (con accesso “Linea Valore + isdn”); il tipo di accesso ISDN aggiunto alla linea principale viene individuato e qualificato poi nella numerazione xxxxxx495 (DN2) alla sezione di dettaglio della pagina seguente, alla voce “ *Tipologia accesso e offerte/opzioni di pricing per linea*” e pertanto fatturato distintamente nei relativi costi e bonus; l'altra PDA in pari data contrattualizza separatamente l'utenza xxxxxx154 come linea principale (DN1), con tipologia

di accesso Linea valore + e senza numeri associati (no opzione multi numero in calce) ed è anch'essa oggetto di distinta fatturazione; l'analisi della documentazione contrattuale, contabile e la ricostruzione operata da Telecom, confermano dunque che le linee principali e pertanto individualmente oggetto dei lamentati inadempimenti, sono riconducibili a tre .

- 6) La documentazione contrattuale allegata dall'istante evidenzia come per le linee contrattualizzate sia stato richiesto espressamente, e debitamente sottoscritto, che le numerazioni non venissero inserite negli elenchi telefonici, circostanza singolare per un soggetto economico e indicativa dell'entità e modalità di utilizzo delle utenze in parola.

In conclusione, pur riconoscendo inderogabilmente la dovuta tutela per l'inadempimento rappresentato dalla mancata/inesatta esecuzione del contratto per le tre linee oggetto dello stesso (rectius: errata attivazione in sedi diverse da quella espressamente indicata), con inefficacia degli interventi successivi di trasloco che hanno reso non fruibile il servizio alle condizioni pattuite, non può tuttavia prescindere per la determinazione dell'indennizzo, in ragione di tutti gli indicatori sopra elencati circa la non indispensabilità dei servizi, parziale utilizzo degli stessi, mancanza di un grave pregiudizio, dall'applicazione dei principi di equità, correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, nonché concorso colposo del creditore nel cagionare il danno (artt. 84 C.D.C.E, art 1275, 1276 e 1227 C.C.) ragioni per le quali l'indennizzo determinato ai sensi degli artt. 3.1 e 12.2 (fattispecie mancata attivazione/mancato trasloco) dell' Allegato A alla Delibera 73/11/CONS per il periodo sopra computato (645 gg), pari ad Euro 38.700,00 deve essere proporzionalmente diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze, nella misura che si ritiene equa, nel caso di specie, del 50%.

L'indennizzo spettante è pari dunque ad Euro 19.350.

6.2 Sulla richiesta per la disattivazione delle linee mobili.

L'utente ha richiesto anche l'indennizzo per la disattivazione delle linee telefoniche mobili di cui ai nn. 393****67, 339*****70, 339*****87, avvenuta, senza preavviso, dal 3 marzo 2015 al 5 maggio 2015 e dal 6 al 10 giugno 2015, nonostante la regolarità dei pagamenti.

Ha introdotto infatti un'istanza GU5 il giorno 19.4.2015, lamentando la sospensione senza preavviso dal 3.3.2015.

La risposta della Divisione Wholesale di Telecom in sede di procedimento urgente è stata che le utenze erano attive già dal 27.4.2015; della circostanza si dava atto nel P.T. del Corecom U 2394/15 del 5.5.2015, senza disposizione di alcun ordine in merito alle utenze mobili.

La sospensione dal 6.6.2015 al 10.6.2015, successiva al deposito dell'istanza di riattivazione urgente e dell'istanza conciliativa, dedotta solo con l'istanza di definizione, non può essere presa in esame in quanto non sottoposta a tentativo obbligatorio di conciliazione e perciò in violazione dell'obbligatorietà del doppio grado di giudizio; né è possibile evincere che sulla stessa si sia comunque svolta *de facto* la discussione in sede di udienza di conciliazione – con accettazione del contraddittorio sul punto ad opera della controparte- stanti le dichiarazioni verbalizzate dall'istante, cioè il rinvio integrale all'istanza introduttiva (UG) ed agli indennizzi ivi richiesti.

Rispetto alle linee mobili Telecom si è limitata ad affermare che non risultava alcun reclamo che giustificasse il mancato pagamento delle fatture emesse.

Ciò premesso, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, la domanda dell'utente è fondata e deve essere accolta con le limitazioni su indicate.

Nel caso in esame risulta che il servizio sia stato sospeso senza alcuna preventiva comunicazione, non avendo Telecom fornito prova del preavviso obbligatorio ex art.5 della Del.173/07/CONS.

Ne consegue che va riconosciuto in favore dell'utente, ai sensi degli artt..4.1 e 12.2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, un indennizzo per la non preavvisata sospensione delle utenze nn. 393****67, 339*****70, 339*****87, dal 3.03.2015 al 27.04.2015, per Euro 2.475,00.

6.3 Sulla richiesta di indennizzo per indebita fatturazione (da aprile 2014 ad agosto 2015).

L'utente ha richiesto anche un indennizzo per l'indebita fatturazione da parte di Telecom che avrebbe emesso fatture nonostante la procedura di migrazione non si fosse perfezionata.

Tale richiesta, oltre ad essere tardiva in quanto avanzata solo con la memoria integrativa, è inammissibile in quanto l'indebita fatturazione non è ricompresa nelle fattispecie descritte nella Del. n. 73/11/Cons. Detta doglianza, pertanto, non può dare luogo ad alcun indennizzo nemmeno, per analogia, ai sensi dell'art. 12 comma 3 della Del. citata in quanto non assimilabile ad alcuna delle situazioni tipiche indennizzabili.

Presupposto indefettibile per il riconoscimento dell'indennizzo è, infatti, un pregiudizio subito dall'utente per il quale si chiede ristoro. L'emissione di fatture non giustificate potrebbe dare luogo esclusivamente ad un rimborso o ad uno storno delle stesse, domanda questa che, tuttavia, non è stata avanzata dall'istante.

6.4 Sulla “ eventuale” perdita della numerazione.

L'utente avanza l'ipotesi dell'eventuale perdita della numerazione quantificandone l'indennizzo dovuto: la domanda è totalmente sprovvista di deduzione fattuale anche in relazione a quale numerazione sarebbe riferita l'eventualità ventilata.

E' di solare evidenza poi, l'impossibilità di sanzionare un inadempimento che l'utente stesso deduce come non essere – ancora- avvenuto o che non sa -se sia- avvenuto, e con riferimento a quale utenza.

L'espressa richiesta di non comparire in elenco, già rilevata precedentemente, evidenzia ancor di più la contraddittorietà della richiesta.

6.5 Sulla mancata risposta ai reclami

La domanda dell'istante rivolta ad ottenere un indennizzo per mancata risposta ai reclami inoltrati non può essere accolta in quanto l'utente non ha allegato alcun reclamo scritto, o sollecito all'attivazione e, pertanto, in assenza di riscontri in tal senso la domanda non può essere accolta.

7. Sulle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce, inoltre, che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto “ del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”.

Nel caso di specie, ai sensi del già richiamato combinato disposto degli art.16.2bis e 19.6 della Delibera n. 173/07/CONS e s.m. nonché delle Linee Guida applicative ex Del 276/13/CONS, si ritiene equo compensare le spese di lite tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza di Ristorapida Retail Italia XXX nei confronti delle società Vodafone Italia XXX.
2. Accoglie parzialmente l'istanza di Ristorapida Retail Italia XXX nei confronti delle società Telecom Italia XXX.

La società Telecom è tenuta a pagare in favore dell'istante, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- I. Euro 1.404,00 ai sensi dell'art.3.3. e 12.2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - II. Euro 19.350,00 ai sensi del combinato disposto degli artt.3.1 e 12.2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - III. Euro 2.475,00 ai sensi del combinato disposto degli artt.4.1 e 12.2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
3. La società Telecom Italia XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
 4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
 5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
 6. 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 sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 05/06/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto