DELIBERA DL/87/18/CRL/UD del 11 settembre 2018
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
S. A. RINAUDO / TISCALI ITALIA XXX / WINDTRE XXX
(LAZIO/D/288/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 11 settembre 2018;

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 dell’utente S. A. Rinaudo, presentata in data 18.4.2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, per il tramite dell’associazione Federconsumatori Roma, ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti dei gestori Tiscali Italia XXX e Windtre XXX, la ritardata migrazione del servizio voce e la mancata migrazione del servizio ADSL , nella procedura di cambio operatore da Tiscali a Windtre.

Titolare di utenza voce e adsl con Tiscali, in data 15.1.2015 stipulava contratto con Wind (oggi Windtre) per la migrazione della linea; tuttavia veniva migrato solo il servizio voce e non quello adsl per cui riceveva doppia fatturazione dai due gestori poiché il servizio internet restava attivo con Tiscali.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti dei due operatori:

- Euro 1000,00 di indennizzo a Wind per la mancata attivazione del servizio;
- Euro 1000,00 di indennizzo a Tiscali per la mancata migrazione della linea;
- l'indennizzo per mancata risposta ai reclami

Oltre spese di procedura

2. La posizione dell'operatore Tiscali

Con memoria tempestivamente depositata, Tiscali precisava che l'utente era titolare del contratto "Tandem ADSL Mega" con utenza principale 0690*946 e linea secondaria 068350*731.

Dal 13.1.2015 in poi, riceveva 6 richieste di migrazione con i seguenti esiti in fase 2: la richiesta del 13.1.2015 veniva scartata con causale "Disservizio al cliente per incompletezza DN associati all'accesso"; quelle ricevute il 20.1.2015 ed il 5.3.2015 avevano esito positivo, ma Tiscali non ha mai ricevuto alcuna notifica relativamente alla fase 3; successivamente, in date 24.11.2015, 4.12.2015 e 5.1.2016, erano pervenute richieste di migrazione da Telecom anch'esse scartate con causale "Disservizio al cliente per incompletezza DN associati all'accesso", poiché, analogamente a quanto accaduto con Wind Recipient, non era stata indicata la linea secondaria associata al codice di migrazione.

Precisava che non essendosi concluso il processo di migrazione la linea restava attiva con Tiscali e fruita in entrambe le componenti.

Declinava quindi ogni responsabilità sulla vicenda.

3. La posizione di Wind

L'operatore precisava di aver inoltrato un primo ordine di migrazione (voce e adsl) che riceveva un Ko dal Donating, con la causale "Disservizio al cliente per incompletezza DN associati all'accesso" in data 19.1.2015; i successivi due ordinativi del 26.1.2015 e 11.3.2015 proseguivano oltre la fase 2 ma si completava solo l'ordine fonia il 27.1.2015, mentre l'ordine per il servizio dati riceveva numerosi KO, a seguito dei quali il cliente veniva informato in date 20.2.2015, 5.3.2015 e 5.4.2015.

Inoltre, il 31.8.2015, riscontrava il reclamo del 25.8.2015, riconoscendo lo storno totale della fattura n. 7404773223.

Il gestore pertanto aveva regolarmente posto in essere tutte le attività necessarie alla migrazione, pur ricevendo diversi KO da parte dell'OLO Donating, che avrebbero dovuto essere superati attraverso una eventuale riconfigurazione sulla sua propria rete.

Il cliente, allo stato di cose fruiwa regolarmente dei servizi, la voce con Wind e l'adsl con Tiscali.

4. Motivazione della decisione

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

4.1 Sulla mancata migrazione/attivazione del servizio ADSL

L'utente lamenta la mancata attivazione in Wind del servizio adsl richiesto con il contratto del 15.1.2015.

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, al fine di rendere effettivo il diritto al cambio operatore di cui alla legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, la puntuale regolamentazione sul tema dettata dalla delibera 274/07/CONS e ss.mm., 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.-

L'art. 18 della delibera conferisce infatti un ruolo fondamentale agli operatori donating e recipient, dal cui comportamento diligente dipende, in concreto, l'effetto utile del diritto previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/07.

Pertanto, a fronte della deduzione di cui sopra, spettava ai due operatori coinvolti provare di essersi attivati in conformità alla normativa in esecuzione della prestazione richiesta, in particolare all'operatore Recipient (Wind), responsabile di dare impulso alla procedura di passaggio stante l'obbligazione assunta direttamente con l'utente ai sensi dell'art.17, comma 2 della delibera citata.

Le schermate di dialogo depositate dai due gestori sono concordi nell'attestare che : Wind ha inserito tempestivamente l'ordine di migrazione in data 13.1.2015; tuttavia lo stesso è stato rifiutato dal donating per incompletezza dei DN associati all'accesso da migrare, il che presuppone un errore da parte di Wind nella compilazione dell'ordine omettendo l'indicazione di una numerazione, in quanto al codice di migrazione Tiscali erano associate due utenze (una linea principale e una secondaria) come risulta inconfutabilmente dalla fattura in atti .

Il secondo ordine veniva sottoposto, evidentemente corretto, in data 20.1.2015 e riceveva l'ok in fase 2 da Tiscali; tuttavia, afferma il Donating, non era stata ricevuta alcuna successiva notifica della fase 3 e perciò la sessione andava in scadenza il 26.1.2015;risulta altresì dalla schermate

Wind, che questa abbia in effetti migrato successivamente alla scadenza della sessione, in data 27.1.2015, il solo servizio voce senza notifica dunque al Donating.

Detto ordinativo tuttavia, per la componente adsl riceveva KO tecnico da Telecom in fase 3 in data 28.1.2015; anche i successivi tentativi di importare la risorsa andavano in scarto il 2.3.2015, 25.6.2015 e 2.7.2015.

Stante la dinamica della migrazione sopra descritta, Tiscali ha correttamente svolto le attività di competenza per la fase 2, rifiutando un ordine non corretto in modo da non creare disservizio all'utente e mantenendo attivi i servizi in assenza di notifiche dal Recipient, circa l'espletamento della migrazione; Wind ha tempestivamente proceduto all'attivazione del servizio voce nei tempi utili al processo (27.1.2015) ma ha incontrato difficoltà tecniche di attivazione in fase di allaccio del servizio internet; sebbene detto gestore dichiarò di aver correttamente informato l'utente circa l'impossibilità della prestazione depositando apposite schermate, le stesse non risultano idonee allo scopo per diversi ordini di motivi: le date delle presunte comunicazioni sono parzialmente incoerenti con quelle di ricezione dei KO; dalle schermate non si evince il contenuto della comunicazione, né la sua riferibilità alla posizione dell'utente; il testo del reclamo del 25.5.2015 inoltrato ai due gestori non lascia dubbi sulla circostanza che a tale data l'utente non fosse informato sullo stato della procedura.

Per tali motivazioni Wind risulta responsabile per il mancato assolvimento degli oneri informativi sulla stessa incumbenti -in quanto Recipient- in merito alle difficoltà/impedimenti alla migrazione del servizio internet e pertanto deve riconoscersi all'utente il diritto all'indennizzo previsto dall'art.3, comma 2 e 3 Allegato A alla Delibera Indennizzi, dal 28.1.2015, data del primo rifiuto sull'attivazione della componente ADSL, al 22.2.2016, data dell'udienza di conciliazione, prima occasione utile di interlocuzione tra le parti, per un importo di Euro 555,00.

4.2 Sui reclami

E' pacifica tra le parti la ricezione da parte dei due gestori di un reclamo del 25.5.2015 (in atti) .

Il reclamo risulta parzialmente accolto da Wind per fatti concludenti riguardo la fatturazione indebita (come da schermata servizio clienti) , mentre per la parte relativa alla prestazione si ritiene che l'indennizzo riconosciuto per mancato rispetto degli oneri informativi sia assorbente rispetto a quello da mancata risposta al reclamo.

Quanto a Tiscali, nessuna responsabilità è scrivibile alla sua condotta in quanto ha depositato la risposta del 30.6.2015, non contestata dall'utente.

La domanda dunque non può essere accolta.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n.173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di € 100,00 (cento/00) da porsi a carico di Wind tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza del sig. S. A. Rinaudo nei confronti di Windtre XXX e la rigetta nei confronti di Tiscali Italia XXX.
2. La Windtre XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, l'importo di Euro 555,00 (cinquecento cinquantacinque) a titolo di indennizzo ai sensi dell'art.3 comma 1 e 3 dell'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS importi, oltre gli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
4. La Windtre 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.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. 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, 11/09/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto