

DELIBERA DL/90/18/CRL/UD del 11 settembre 2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

U. GUIDI / TELECOM ITALIA XXX / VODAFONE ITALIA XXX

(LAZIO/D/357/2016)

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 Lazio 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 presentata dall’utente U. Guidi in data 11.5.2016;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante

L’istante, per il tramite dell’associazione AECI LAZIO, ha introdotto la presente controversia lamentando la ritardata/mancata attivazione del servizio ADSL a seguito di migrazione da Vodafone a Telecom ed il ritardato rientro in Vodafone; l’indebita fatturazione da parte dei due gestori e la mancata risposta al reclamo.

In particolare sosteneva di aver stipulato un contratto con Telecom a marzo 2015 per la migrazione dei servizi di rete fissa voce e adsl; dopo pochi giorni le linee smettevano di funzionare e si vedeva costretto ad acquistare il modem di Telecom nonostante fosse incluso nell’offerta.

A seguito dell'inadempimento, il 7.7.2015 inviava disdetta a Telecom e contestualmente faceva richiesta a Vodafone di rientrare. Riceveva inoltre fatture Vodafone non dovute perché successive alla migrazione e fatture Telecom con ulteriore addebito per il modem che aveva già pagato.

In base a tali premesse l'utente richiedeva:

- storno di qualsiasi pretesa creditoria sia di Vodafone che di Telecom
- l'indennizzo per ritardata migrazione da Vodafone a Telecom e da Telecom a Vodafone con interruzione del servizio (totale per l'adsl, parziale per la voce) per un importo di Euro 3.937,00.
- indennizzo per attivazione di servizio non richiesto per Euro 270,00
- l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo per Euro 300,00.

Oltre spese di procedura

2. La posizione dell'operatore Telecom

L'operatore declinava ogni responsabilità in ordine ai fatti contestati in quanto aveva eseguito quanto di spettanza dell'operatore Recipient.

Precisava anzitutto che la richiesta di rientro in Telecom era stata effettuata tramite verbal order il 13.4.2015 ed il 17 aprile veniva recapitata all'utente la Welcome Letter con la richiesta di portabilità.

L'ordinativo di rientro, immesso tempestivamente sul sistema di dialogo interoperatore Pitagora , tuttavia andava in scarto numerose volte fino ad attivazione della componente fonia avvenuta il 19.6.2015.

Nel frattempo perveniva la disdetta dell'utente del 7.7.2015, che tuttavia non veniva lavorata perché inviata via fax e non per A/R. Perciò si proseguiva con l'adempimento di migrazione del servizio adsl con attivazione dello stesso in data 28.7.2015 e conseguente attivazione dell'offerta Smart. Il ritardo nell'attivazione era imputabile a Vodafone che aveva lasciato integralmente libera la risorsa numerica solo il 13.7.2015.

L'utente non provvedeva al pagamento delle bollette (insoluto Euro 318,00) e così la linea veniva sospesa il 6 ottobre; la settimana successiva l'utente otteneva il rientro in Vodafone.

Concludeva attribuendo la responsabilità per il ritardo nell'attivazione dell'adsl a Vodafone che l'aveva indebitamente trattenuta come dimostrato dai numerosi Ko tecnici presenti sul sistema Pitagora.

3. La posizione dell'operatore Vodafone

L'operatore rappresentava quanto segue.

La richiesta di migrazione verso Telecom non era andata a buon fine per aver ricevuto dal Recipient dati non corretti. Altrettanto poteva dirsi per la procedura di rientro in Vodafone.

Pertanto Vodafone non ha alcuna responsabilità nelle procedure suddette.

Inoltre nessun reclamo era pervenuto dall'utente, né può imputarsi alcuna responsabilità per servizi non richiesti che pare sia doglianza riferita al modem Telecom.

Anche le richieste di storno delle fatture erano infondate in quanto dalle stesse risulta regolare traffico e, ad ogni buon conto Vodafone aveva già emesso una nota di credito di Euro 300,00.

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 ritardata/mancata migrazione ed interruzione di servizio.

Deduce l'utente che il passaggio in Telecom del servizio fonia (parzialmente funzionante) è avvenuto con ritardo rispetto al contratto sottoscritto a marzo 2015 e che il servizio ADSL non sia stato trasferito affatto.

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.

Nel caso in esame, è più che evidente che quando si lamenta un ritardo della prestazione si debba fornire prova della data di contrazione della stessa, (cioè assolvere l'onere probatorio di depositare il contratto Telecom per il passaggio della linea), che l'utente colloca genericamente nel marzo 2015. Il contratto depositato dall'utente invece è sprovvisto di data e firma, risultando evidentemente la documentazione cartacea inviata a perfezionamento di un contratto stipulato a distanza.

Essendo l'onere di provare la fonte negoziale della propria pretesa a carico dell'istante, e non avendovi questi provveduto, la data di stipula deve necessariamente ricavarsi dall'eccezione di controparte (Telecom) che ha fornito documentazione al riguardo.

Risulta infatti che sia stato effettuato un vocal order per il rientro in ULL il 13.4.2015 attraverso il canale di vendita Costumer Care (operatore 07700836) con offerta Tim Smart , espressamente senza richiesta di modem.

A perfezionamento dell'ordinazione vocale, in conformità alla disciplina per i contratti a distanza dettata dal Codice del Consumo, è stata recapitata la Welcome Letter il 17.4.2015 al fine di poter

esercitare il ripensamento, oppure proseguire mediante sottoscrizione e restituzione del modulo contrattuale per autorizzare la portabilità del numero.

Pertanto l'adempimento a procedere alla migrazione non può decorrere prima di tale data.

Al riguardo, pare preliminarmente opportuno chiarire, in via generale, che, dal punto di vista regolamentare, si ha "migrazione" tra operatori (OLO to OLO), quando viene richiesto il passaggio dall'OLO donating all'OLO recipient oppure da un operatore OLO donating a Telecom Italia. In entrambi i casi, c'è migrazione se viene utilizzata la rete di accesso di Telecom Italia. In sintesi, la procedura di migrazione si articola in 3 fasi: "Fase 1": richiesta del cliente (coinvolge l'utente e il recipient); "Fase 2": comunicazione preventiva (coinvolge il recipient e il donating); "Fase 3": provisioning tecnico (coinvolge l'utente, il recipient, il donating, Telecom Italia Wholesale e il donor), che consiste nella realizzazione della migrazione. In particolare, nella "Fase 3", ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del donating, il recipient trasmette la richiesta di migrazione alla divisione rete di Telecom Italia comunicando la DAC (Data Attesa Consegna) concordata con il cliente. Telecom Italia Wholesale effettua il provisioning del servizio intermedio alla DAC, effettuando le necessarie notifiche di conclusione del processo nei confronti degli operatori coinvolti tra cui, ultima, la notifica di cessazione nei confronti sia del donating (che dell'eventuale donor ma nel caso di specie coincidono) ovvero la c.d. "notifica 12".

Coerentemente dunque con la data di stipula, le schermate Pitagora fornite da Telecom e Vodafone evidenziano un primo ordine di rientro inserito il 21.4.2015 con DAC inizialmente fissata per il 29.4.2015; tuttavia tale ordinativo, dopo una rimodulazione della DAC al 6.6.2015, veniva espletato con la sola attivazione del servizio fonia in data 21.6.2015.

Telecom non ha fornito evidenza delle difficoltà tecniche incontrate dall'operatore di rete nell'effettuare il provisioning, posto che quelle documentate sono successive al 21.6.2015; dei motivi che hanno portato a rimodulare la DAC e al mancato rispetto di quest'ultima non v'è traccia sicchè Telecom è responsabile in qualità di recipient del ritardato rientro del servizio fonia oltre il termine massimo previsto dalla normativa di settore a decorrere dalla stipula; pertanto, ai sensi dell'art.3, comma 1 e 3 Allegato Delibera Indennizzi, spetta all'utente l'indennizzo previsto per il ritardo che decorre dal 13.5.2015 al 21.6.2015 per Euro 208,50.

Il processo proseguiva con diversi tentativi di migrare la componente ADSL non riuscita in prima battuta; l'utente evidenzia di aver mandato medio tempore via fax comunicazione con cui intendeva risolvere il contratto per inadempimento, il 7.7.2015 e che perciò la migrazione non dovesse proseguire; Telecom precisava che la richiesta non veniva ritenuta formalmente valida e *tamquam non esset* e pertanto risottometteva l'ordine per l'adsl.

Orbene, a parte il rilievo che l'operatore avrebbe dovuto attivarsi con l'utente ai fini di informarlo sui requisiti formali della disdetta, vi è da dire che la questione della sua validità è ininfluyente in quanto comunque non avrebbe consentito il blocco della migrazione per la fonia che era già passata e neanche per l'adsl la cui migrazione era in fase 3 ; ciò significa che per rientrare in Vodafone l'utente avrebbe comunque dovuto attendere la generazione di un nuovo codice di

migrazione e stipulare un nuovo contratto con Vodafone, cosa che poi in effetti è avvenuta in seguito; sicchè, la condotta di Telecom in questa circostanza, suo malgrado, , ha impedito gli effetti che quella comunicazione, atteso il suo contenuto, avrebbe avuto se fosse stata lavorata: la cessazione dell'utenza, generando ulteriore impedimento al successivo trasferimento a Vodafone.

Come risulta dalla schermata Pitagora, il 13.7.2015 , l'operatore notificato riusciva ad espletare il provisioning tecnico come risulta dalla notifica dell' "Ok di rete" ; in pari data inviava al Donating Vodafone la notifica per la cessazione dei servizi e liberazione completa della risorsa (cd. "notifica 12"); la circostanza è apertamente dichiarata da Telecom a giustificazione che fino alla deconfigurazione dei servizi da parte di Vodafone non avrebbe potuto attivare il servizio adsl, cosa infatti avvenuta, il successivo 28.7.2015.

Tuttavia dell'effettiva attivazione del servizio a tale data non vi è traccia, anzi risulta dalle schermate che i diversi ordini risottomessi alla Divisione Reti siano andati tutti in scarto per "impossibilità tecnica" ivi compreso uno in data 28.7.2015 e fino a tutto il 4.9.2015.

Infine, come evidenziato dalla schermata Vodafone e confermato dal CRM3 di Telecom, il 28.9.2015 veniva firmata una PDA con Vodafone per il rientro della linea con inoltro dell'ordine il 29.9.2015, fine della fase 2 il 30.9.2015, ed espletamento del rientro il 12.10.2015.

Analizzati i diagrammi di flusso è possibile inferire da questi le responsabilità dei gestori coinvolti nella migrazione sotto il profilo del ritardo e dell'interruzione di servizio.

Gli ordini impartiti all'operatore notificato successivamente all'attivazione del servizio fonia del 21.6.2015 sono andati tutti in scarto con causale tecnica attinente alla fase 3 (" Centrale V-Lan non congruente con centrale attestazione Cliente finale") e pertanto Telecom Italia, pur attivandosi tempestivamente come recipient a seguito della sottoscrizione del contratto per la portabilità, ha subito dei ko tecnici per i quali non è responsabile; tuttavia gli impedimenti e le difficoltà ad attivare il servizio ADSL andavano comunicati al cliente che doveva essere messo al corrente dell'impossibilità tecnica ed assumere eventuali decisioni conseguenti; tale informativa non emerge dalla documentazione fornita dall'operatore che pertanto è responsabile ai sensi dell'art.3, comma 2 e 3 Allegato alla Delibera Indennizzi per tutto il periodo di fallimento dell'attivazione dell'adsl , cioè dal 19.6.2015 quando non è stato possibile attivare la componente ADSI, a tutto il 12.10.2015, quando l'utente è rientrato in Vodafone. L'indennizzo riconosciuto è pari ad Euro 219,00.

Quanto all'interruzione dei servizi la deduzione dell'utente sull'arco di tempo interessato è troppo generica ed indeterminata per costituire un valido riferimento e non attendibile per essere stata smentita *per tabulas* in relazione alla decorrenza contrattuale.

Andranno considerati dunque i riscontri probatori emergenti dalla documentazione tecnica fin qui esaminata e prodotta dalle controparti.

Dunque, In mancanza di allegazione di fatti circostanziati, non vi sono margini per contestualizzare l'interruzione a far data dal contratto Telecom in quanto l'assenza totale di reclami al gestore in tal senso fa concludere per il mantenimento dei servizi attivi in Vodafone

nelle more del perfezionamento della migrazione e che lo stesso servizio fonia sia migrato sui sistemi Telecom senza soluzione di continuità in data 21.6.2015. A tal fine si osserva che nella stessa comunicazione di recesso del 7.7.2015, l'istante si lamentava unicamente dei tempi non rispettati per la migrazione e della mancata attivazione dell'adsl che aveva impossibilitato all'applicazione della promozione. Nessun riferimento viene fatto ad una erogazione parziale del servizio voce o ad un isolamento di connessione, disservizi per i quali comunque il gestore non è stato messo in grado di intervenire fino a quel momento.

Quanto al servizio ADSL, emerge per dati documentali concordanti tra i due gestori, che Vodafone abbia deconfigurato totalmente la risorsa solo in data 13.7.2015, in modo regolare per aver ricevuto la notifica 12 e pertanto i contestuali tentativi falliti di attivare il servizio da parte di Telecom, fanno presumere che effettivamente da quella data la concomitante mancata attivazione dell'adsl abbia cagionato un'interruzione di servizio per non essere lo stesso più attivo in Vodafone. Pertanto dal 13.7.2015 fino al rientro in Vodafone del 12.10.2015, Telecom è responsabile dell'interruzione di servizio ai sensi dell'art.3, comma 2 Allegato A alla Delibera Indennizzi (per non aver informato l'utente degli impedimenti occorsi) per Euro 682,50.

Del tutto destituito di fondamento è quanto dedotto dall'utente in relazione alla presunta riattivazione dei servizi in Vodafone avvenuta solo per effetto di provvedimento temporaneo del Corecom nel mese di novembre 2015; il distinto e successivo procedimento conciliativo prot. n. 14722 che ha introdotto anche la richiesta di riattivazione urgente si riferisce invece ad episodio successivo, non oggetto della presente controversia, in gestione Vodafone come si evince dall'estratto testuale dei fatti riportato nell'UG : *“ Dal 30.11.2015 il servizio ADSL riscontrava disservizi tali da non permettere di utilizzare la connessione ad internet. Dal giorno 10.12.2015 anche la linea voce riscontrava disservizi. Nonostante i numerosi reclami gli operatori Vodafone non riuscivano a risolvere la problematica. Ad oggi sia il servizio ADSL risulta non funzionante. “*

L'istante inoltre ha richiesto il rimborso/storno “delle fatture Vodafone pagate per il periodo marzo-settembre 2015 per servizi non usufruiti” allegando poi unicamente la fattura di settembre 2015 contenente costi per recesso anticipato e pertanto inconferente con la richiesta. Vodafone, lato suo, ha depositato una fattura relativa al periodo successivo al rientro (periodo di fatturazione 5.11.2015-3.01.2016) e quindi non attinente al periodo della migrazione e un'altra fattura del periodo 9.5.2015-7.7.2015 emessa in pendenza di procedura di migrazione ma dove tuttavia il traffico voce risulta conteggiato fino al 19.6.2015, data di passaggio della fonia a Telecom e dove il servizio ADSL viene conteggiato fino al 7.7.2015, quando la risorsa era ancora attiva perché, come visto, cessata solo a far data dal 13.7.2015. Tutti gli importi fatturati da Vodafone sono pertanto dovuti, per quanto l'operatore abbia già emesso una nota di credito.

Quanto alla fattura Telecom relativa al modem, anche tale importo è legittimo in relazione all'acquisto dello stesso, in quanto l'offerta Tim Smart accettata, come risulta anche dalle condizioni depositate dall'utente stesso, non prevedeva la fornitura di alcun modem e pertanto l'utente, ove non ne avesse di sua proprietà, aveva piena facoltà di acquistarne uno da qualsiasi produttore/fornitore.

4.2. Sui servizi non richiesti

Non risulta comprensibile a quale atto/fatto l'utente ascriva la fattispecie dei servizi non richiesti.

Ad ogni buon conto, ove riferito all'acquisto del modem, valga quanto esplicitato sopra; ove riferito alla mancata lavorazione della disdetta del 7.7.2015 da parte di Telecom, anche prescindendo dalla sua validità formale, il fatto non darebbe luogo ad alcun indennizzo ma unicamente ad un'eventuale storno di costi/addebiti non dovuti.

La domanda pertanto non può essere accolta.

4.3 Sui reclami

La domanda pertanto non può essere accolta.

Sull'assenza di segnalazioni da parte dell'utente su presunti disservizi arrecati dal processo di migrazione, si è già detto.

E comunque il pregiudizio sarebbe comunque assorbito dall'indennizzo per mancato assolvimento degli oneri informativi a carico di Telecom.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, appare equo compensare le spese di procedura tra le parti, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle modalità di redazione dell'istanza e della documentazione successiva ai sensi dell'art. 16, comma 2bis.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza presentata dal Sig. U. Guidi nei confronti di Telecom Italia XXX; la rigetta nei confronti nei confronti di Vodafone Italia XXX. .
2. Telecom Italia XXX è tenuta a pagare, i seguenti importi, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - Euro Euro 219,00 (duecento diciannove/00) ai sensi dell'art.3, comma 1 e 3 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - Euro 682,50 (seicento ottantadue/50) ai sensi dell'art.3, comma 2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
6. 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.

7. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
8. 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, lì 11/09/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto