

DELIBERA DL/79/16/CRL/UD del 13 settembre 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX NESCI / FASTWEB XXX – WIND XXX

(LAZIO/D/1093/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 13 settembre 2016;

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 xxx Nesci presentata in data 21.12.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Fastweb xxx di seguito per brevità “Fastweb” quanto segue:

- a. l’addebito per servizi mai richiesti per euro 100,00 nella fattura n. 121681 del 14.01.2015;
- b. l’ingiustificata cessazione dei servizi voce ed internet a far data del 24.03.2015 fino al 9.08.2015;
- c. la mancata indicazione del codice di migrazione in tutte le fatture ricevute;
- d. il mancato rilascio della linea per procedere alla migrazione verso Wind dal 17.04.2015 al 9.08.2015;

e. La mancata indicazione negli elenchi telefonici dall'anno 2005 fino al 2015, dell'utenza in oggetto, precedentemente intestata al marito dell'istante, Sig. Giovanni Di Carlo", deceduto.

Sulla base di tali doglianze l'utente richiedeva a Fastweb:

- i. L'annullamento della fattura n. 121681 del 14.01.2015 e delle successive;
- ii. L'indennizzo ai sensi dell'art. 9 allegato A delibera 73/11/CONS, per l'attivazione di servizi non richiesti, di euro 341,00;
- iii. L'indennizzo ai sensi dell'art. 5 allegato A delibera 73/11/CONS, per ingiustificata cessazione del servizio di telefonia dal giorno 24.03.2015 al 5.08.2015 di euro 1.340,00;
- iv. L'indennizzo ai sensi dell'art. 5 allegato A delibera 73/11/CONS, per ingiustificata cessazione del servizio di internet dal giorno 24.03.2015 al 5.08.2015 di euro 1.340,00;
- v. L'indennizzo per ritardata attivazione del servizio voce a seguito di richiesta di migrazione verso Wind dal giorno 17.04.2015 al 5.08.2015, ai sensi dell'art. 4 allegato A delibera 73/11/CONS, di euro 825,00;
- vi. L'indennizzo per ritardata attivazione del servizio adsl a seguito di richiesta di migrazione verso Wind dal giorno 17.04.2015 al 9.08.2015, ai sensi dell'art. 4 allegato A delibera 73/11/CONS, di euro 855,00;
- vii. L'indennizzo per la mancata indicazione dell'utenza negli elenchi telefonici pubblici dal 2005 al 2015, ai sensi dell'art. 4 allegato A delibera 73/11/CONS, di euro 2.000,00;

Nei confronti di Wind Spa di seguito per brevità "Wind", la Signora Nesci ha lamentato quanto segue:

- a. Di aver ritardato l'attivazione del servizio fonia;
- b. Di aver ritardato l'attivazione del servizio adsl,

Sulla base di tali doglianze, l'utente richiedeva al gestore:

- viii. L'indennizzo per ritardata attivazione del servizio di fonia a seguito di richiesta di migrazione da Fastweb dal giorno 17.04.2015 al 5.08.2015, ai sensi dell'art. 4 allegato A delibera 73/11/CONS, di euro 825,00;
- ix. L'indennizzo per ritardata attivazione del servizio adsl a seguito di richiesta di migrazione da Fastweb dal giorno 17.04.2015 al 9.08.2015, ai sensi dell'art. 4 allegato A delibera 73/11/CONS, di euro 855,00;

2. La posizione dell'operatore Fastweb.

Fastweb ha dedotto in via preliminare:

- l'inammissibilità delle richieste formulate nella parte in cui esse non coincidano con quelle avanzate nell'istanza di conciliazione, ovvero non abbiano formato oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione;

Nel merito il gestore ha evidenziato quanto segue.

L'importo di euro 100,00, conteggiato nella fattura n. 121681 del 14.01.2015 e contestato dall'utente, era stato legittimamente richiesto dal Gestore a titolo di anticipo servizi (deposito cauzionale) a seguito della scelta di utilizzare il bollettino postale per il pagamento dei conti telefonici, effettuata dall'utente in data 15.12.2014.

Rispetto, poi, alla sospensione del servizio lamentata dalla Sig.ra Nesci, Fastweb ha precisato che, il mancato pagamento delle fatture da parte dell'utente, aveva dato luogo alla procedura prevista per i clienti morosi che prevede proprio la sospensione della linea fino ad arrivare, in caso di persistenza dell'insolvenza del cliente, alla risoluzione contrattuale. Nel caso di specie, il Gestore aveva sospeso la linea a decorrere dal 27.04.2015 ed il successivo 28.05 aveva fornito alla Signora Nesci le motivazioni relative all'addebito della somma di euro 100,00.

Fastweb ha contestato, inoltre, l'affermazione dell'utente secondo cui le fatture sarebbero state sprovviste del codice di migrazione, essendo esso riportato anche nella fattura del 14.07.2015.

In relazione all'asserito mancato rilascio della linea in favore di Wind, il gestore ha affermato di aver dato seguito alla richiesta di migrazione dell'istante del 23.06.2015, come provato dalla schermata del Trouble Ticketing System. Fastweb ha declinato ogni responsabilità per il mancato perfezionamento di detta migrazione che risultava annullata in fase 2 per "sessione scaduta" e, dunque, per inerzia dell'altro gestore che, invece, avrebbe dovuto attivarsi per portarla a compimento.

3. La posizione dell'operatore Wind.

Wind nella propria memoria ha specificato quanto segue:

in relazione alla linea in oggetto, in data 20.03.2015, il gestore aveva inoltrato a Fastweb richiesta di migrazione, richiesta successivamente reiterata il 31.03, 20.04, 22.05 e 30.06. Tali ordini, ad eccezione di quello del 20.06.2015, erano stati scartati con la medesima causale "codice di migrazione errato". A seguito dei vari ko tecnici, su specifica richiesta di Wind, l'utente avrebbe confermato in buona fede sempre lo stesso codice di migrazione. Il gestore, dunque, aveva assolto gli oneri informativi comunicando sempre all'utente le ragioni dei ko.

In data 3.06.2015 l'utente inoltrava sollecito di attivazione della linea al quale Wind forniva riscontro. Il successivo 29.07.15 il gestore inoltrava un ulteriore sollecito a Fastweb, richiedendo il motivo dei continui ko ricevuti.

Fastweb riscontrava la richiesta precisando che il codice di migrazione era corretto ab origine.

In data 2.08.2015 l'utente lamentava la linea "muta" per la quale dopo le opportune verifiche il gestore ristabiliva il corretto funzionamento.

In conclusione Wind declinava ogni responsabilità in riferimento al ritardo della portabilità dell'utenza avendo assolto correttamente a tutti i doveri tecnici posti a carico dell'Olo recipient previsti dalla Del. 274/07/Cons.

Parimenti respingeva qualsiasi contestazione in ordine al lamentato disservizio che si sarebbe protratto dal 2 al 5 agosto 2015, eccependo di aver sempre garantito la continuità del servizio erogato e rilevando di aver agito entro i termini contrattualmente previsti in quanto, ai sensi dell'art. 2.2 della Carta dei Servizi, "Wind si impegna ad eliminare eventuali irregolarità funzionali del servizio entro il quarto giorno non festivo successivo a quello in cui è pervenuta la segnalazione [...]".

4. La replica dell'utente.

Rispetto alle asserzioni di Fastweb, l'utente affermava che:

- non corrispondeva al vero la circostanza di aver richiesto, in data 15.12.2014, la variazione del metodo di pagamento scegliendo il bollettino postale, essendo stata attivata tale modalità già dal precedente intestatario, Sig. Giovanni Di Carlo, marito defunto dell'istante e mantenuta dalla subentrante istante.
- contrariamente a quanto sostenuto dal Gestore, l'utenza non risultava ancora sospesa, essendo stata definitivamente disattivata, come si evince dalla lettera di risoluzione contrattuale del 14.06.2015 inoltrata da Fastweb.
- l'indicazione del codice di segreto nella fattura di luglio 2015 era comunque tardiva al fine di consentire la migrazione verso l'altro gestore Wind.
- riteneva evidente, da tutti gli elementi emersi nel corso del procedimento, la responsabilità di Fastweb nella ritardata attivazione del servizio da parte di Wind.

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.

Non è accoglibile l'eccezione di inammissibilità formulata da Fastweb relativa alla proposizione di domande nuove da parte dell'utente. Il gestore, infatti, formula una generica e non puntuale eccezione di stile senza specificare quali siano nel caso di specie le domande nuove rispetto a quelle proposte in sede di conciliazione. Tale contestazione, pertanto, così come formulata, non offre elementi in base ai quali possa essere presa in seria considerazione ed accolta.

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

4.1 Sulla illegittima fatturazione del costo per "anticipo servizi".

L'utente ha contestato nelle sue difese l'addebito della somma di euro 100,00 nella fattura n. 121681 del 14.01.2015 che il gestore ha applicato come costo a titolo di deposito cauzionale a seguito della scelta della modalità di pagamento tramite bollettino postale prescelta dall'utente stesso. Alla base di tale contestazione la Sig.ra Nesci ha asserito che, in realtà, tale importo era già stato versato dal precedente intestatario, suo marito, Sig. Pietro Di Carlo, deceduto, al quale ella era subentrata nella medesima posizione contrattuale. Pertanto, sempre secondo l'utente-Fastweb non avrebbe potuto richiedere nuovamente la somma di euro 100,00, non avendo nemmeno restituito quanto all'epoca versato dal Sig. Di Carlo.

Andrà premesso che il subentro, nei contratti di fornitura di servizi di telecomunicazioni, consente di trasferire il contratto ad un altro soggetto garantendo la continuità del servizio nella sede di attivazione: il nuovo intestatario, dunque, potrà mantenere lo stesso numero e la stessa offerta commerciale.

Come detto, nel caso di specie l'utente ha contestato una voce di spesa di una fattura asserendo che era stato già versato il corrispondente importo, per quello stesso contratto, prima che ella vi subentrasse.

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.

Ciò premesso, nel caso di specie, mentre risulta esplicitamente che nel modulo di subentro l'utente, scegliendo la modalità di pagamento tramite bollettino postale, abbia accettato di versare a titolo di deposito cauzionale la somma di euro 100,00, non risulta provato in alcun modo che la medesima obbligazione sia stata già assunta in precedenza dal Sig. Di Carlo.

Se dunque è vero che il subentro mortis causa implica la successione nella totalità dei rapporti attivi e passivi pendenti in capo al precedente contraente, e che quindi "per successione" l'istante sarebbe teoricamente divenuta creditrice della somma già versata dal de cuius per l'anticipo dei servizi, tuttavia, non vi è prova alcuna che il contratto sottoscritto da quest'ultimo prevedesse il deposito cauzionale che, secondo l'utente, avrebbe dovuto escludere un secondo pagamento allo stesso titolo.

Del resto rispetto al rapporto contrattuale del gestore con il ceduto, Sig. Di Carlo, l'istante si è limitato a depositare la fattura n. 6824287 del 30.09.2014, che costituisce l'ultimo documento contabile prima della richiesta di subentro e che, non recando alcun riferimento a tale voce di spesa, appare del tutto insufficiente, sotto il profilo probatorio, a sostenere l'eccezione di pagamento.

L'utente, dunque, avrebbe dovuto dare prova quanto meno che l'obbligazione sarebbe già stata assunta dal de cuius, lasciando poi al gestore l'onere di dimostrare eventualmente l'estinzione dell'obbligazione mediante la restituzione della predetta somma.

Pertanto, stante l'espressa previsione nella richiesta di subentro dell'obbligo di corrispondere il deposito cauzionale e la mancata allegazione della fonte negoziale relativa alla precedente obbligazione dello stesso genere che sarebbe stata assunta dal de cuius, la richiesta di annullamento della fattura n. 121681 del 14.01.2015 non può essere accolta.

4.2 Sulla sospensione dei servizi da parte di Fastweb.

L'utente contesta la sospensione dei servizi, che risulta disposta dal gestore a seguito dei mancati pagamenti della fattura contenente l'anticipo servizi del 14.01.2015 e di quelle successive che hanno determinato, in ultimo, la risoluzione del contratto comunicata dal Gestore con lettera del 14.06.2015.

La Sig.ra Nesci ha ribadito, infatti, nella memoria di replica che, nonostante i numerosi reclami inoltrati al gestore volti a stornare la predetta somma contestata, Fastweb del tutto

inopinatamente, in data 24.03.2015 sospendeva il servizio che veniva poi riattivato con il gestore Wind il 9.08.2015.

Ai fini della legittimità della disposta sospensione e conseguente disattivazione, deve farsi riferimento ai presupposti di legittimità della sospensione individuati dall'art.5 del Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS e s.m.

Nel caso di specie risultano soddisfatti i presupposti dei ripetuti mancati pagamenti, ma non è stata raggiunta la prova sul preavviso reso.

L'utente ha ammesso esplicitamente di non aver saldato né la fattura contenente la voce contestata né quelle successive, così legittimando formalmente l'operatore a non erogare il servizio in base al principio di diritto *inadimplenti non est adimplendum*. La Sig.ra Nesci, infatti, per non essere inadempiente, pur contestando la voce del deposito cauzionale pari ad euro 100,00, avrebbe dovuto saldare il residuo di quella fattura e tutte quelle successive in quanto non erano state oggetto di contestazione alcuna.

Tuttavia, il Gestore non può procedere alla sospensione della linea senza avere preavvisato l'utente. La contestazione della compagnia telefonica deve, infatti, garantire al cliente di comprendere il problema e permettergli di risolverlo senza subire danni e disagi.

Fastweb, su cui incombeva il relativo onere probatorio, non ha fornito la prova di avere inviato all'utente il preavviso di sospensione previsto dall'art. 5 Delibera 173/07/CONS.

L'utente, pertanto, avrebbe diritto all'indennizzo previsto dall'art. 4 allegato A alla Delibera 73/11/CONS dal 24.03.2015, data della sospensione, sino al 9.08.2015 data di riattivazione dei servizi. Al riconoscimento integrale di tale indennizzo, osta tuttavia il comportamento dello stesso utente – rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c. – che non ha reclamato stragiudizialmente al gestore la subita illegittima sospensione, se non con la proposizione della domanda per il tentativo obbligatorio di conciliazione, cioè diversi mesi dall'evento. I reclami menzionati dall'utente (senza tuttavia indicarne la data o il numero di pratica) - sono infatti a detta della stessa- tutti anteriori alla sospensione, ed hanno ad oggetto la contestazione relativa alla fattura del 14.01.2015. Né l'utente si è premurato, nemmeno a fronte della sospensione, di pagare almeno le somme non contestate, circostanza che avrebbe imposto al gestore, l'obbligo di riattivare i servizi, nelle more della definizione della procedura di reclamo.

Si ritiene pertanto equo disporre una proporzionale riduzione dell'indennizzo dovuto, pari ad euro 1.360,00, a fronte dell'inerzia dell'utente che, con tale comportamento, ha sostanzialmente mostrato disinteresse per la sospensione dei servizi ed aggravato la posizione del gestore, con conseguente riconoscimento della minore somma pari ad euro 1.000,00.

4.3 Sulla mancata indicazione del codice di migrazione nelle fatture Fastweb.

Per completezza si richiama anche la doglianza espressa nell'istanza di definizione relativa alla mancata indicazione del codice di migrazione nelle fatture emesse da parte del gestore Fastweb.

Effettivamente nelle fatture n. 8057253 del 14.11.2014, n. 121681 del 14.01.2015, n. 1776533 del 14.03.2015, n. 3288155 del 14.05.2015, nello spazio del frontespizio dedicato al codice di migrazione non risulta alcuna sequenza alfanumerica. Il codice di migrazione è presente soltanto nella fattura n. 6824287 del 30.09.2014 ed in quella, allegata dal gestore, n. 5060371 del 14.07.2015. Tale mancanza non rientra, tuttavia, in alcuna delle ipotesi previste dall'Allegato A

della Del. n. 73/11/CONS e può pertanto rilevare, laddove espressamente dedotto, eventualmente come elemento ostativo alla volontà di migrare e come tale va verificato in relazione all'effettivo impedimento opposto all'avvio della procedura.

4.4 Sulla ritardata attivazione dei servizi da parte di Wind a seguito di migrazione da Fastweb.

L'utente nelle due istanze avanzate rispettivamente nei confronti di Fastweb e Wind lamenta verso entrambi i gestori la loro responsabilità nella ritardata attivazione dei servizi da parte di Wind e seguito di migrazione da Fastweb.

Nella successiva replica alla memoria di Fastweb la Sig.ra Nesci, in relazione a tale doglianza, conclude per il riconoscimento della esclusiva responsabilità di tale ultimo gestore che, a suo dire, sarebbe emersa in maniera incontrovertibile alla luce di quanto argomentato ed allegato dalle parti negli atti del procedimento.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere alla valutazione di merito della condotta tenuta dagli operatori, una sintetica descrizione del quadro normativo e regolamentare in materia di migrazione della telefonia fissa, evidenziando gli aspetti di maggior rilievo in un'ottica di tutela del consumatore.

La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore. In particolare, assume rilevanza al riguardo il disposto dell'articolo 1, comma 3, della predetta legge, secondo cui "[i] contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni".

A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'AGCOM, avviata con la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, recante "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso", che prevede misure "a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3 della legge 2 aprile 2007 n. 40".

Specificamente, 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 e che non sono ammesse causali generiche che non individuino l'effettivo problema riscontrato.

Tale disposizione ribadisce principi già sanciti da alcune previsioni del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il “Codice delle comunicazioni elettroniche”, secondo cui i tempi di attivazione, e correlativamente di disattivazione, del servizio, costituiscono elementi che devono necessariamente far parte del contenuto minimo del contratto sottoscritto fra utente e operatore (cfr. articolo 70, comma 1, lettera b).

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. Per quanto riguarda la c.d. procedura “OLO2OLO” (quelle in cui un consumatore intenda trasferire la propria utenza da un operatore donating “OLO” - vale a dire, diverso da Telecom - ad un altro “OLO”), disciplinata dalla delibera 274/07/CONS e dalle successive integrazioni e modifiche, l'AGCOM ha previsto che la relativa attivazione sia effettuata a cura dell'utente, che, 5 allo scopo, può contattare il suo nuovo operatore recipient oppure il proprio donating.

Va tuttavia sottolineato che il ruolo assegnato all'utente all'interno di tale procedura si esaurisce nella fase di avvio della stessa, di talché il buon esito di quest'ultima dipende in misura pressoché esclusiva dai suddetti operatori recipient e donating (oltre che, in misura minore, da Telecom), cui sono rimesse tutte le verifiche e gli adempimenti tecnici necessari.

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.

Ne consegue che, com'è possibile evincere dal quadro normativo e regolamentare in precedenza richiamato, in assenza di un comportamento pienamente diligente e collaborativo da parte di tali soggetti, il compimento della procedura di migrazione secondo la volontà dell'utente può risultare compromesso e il relativo diritto vanificato.

Sinteticamente, la procedura di migrazione si articola in tre fasi: Fase 1: Richiesta del cliente; Fase 2: Comunicazione preventiva; Fase 3: Provisioning tecnico. Nella Fase 1 il cliente aderisce all'offerta commerciale del Recipient e gli comunica il proprio codice di migrazione. Il Recipient verifica che non ci siano errori di trascrizione e/o lettura del codice. Nella Fase 2 il Recipient trasmette la richiesta di passaggio al Donating e quest'ultimo procede alle verifiche, fornendo l'esito delle stesse entro 5 giorni lavorativi, trascorsi i quali si applica il silenzio assenso. Il Donating effettua verifiche formali e gestionali, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal Recipient. Nei casi specificati dalla Normativa può inviare, entro i 5 giorni, un KO.

Tali Causali di scarto sono definite nell'allegato 5 all'Accordo Quadro. 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 concordata con il cliente. Telecom Italia Wholesale effettua il provisioning del servizio intermedio alla DAC.

Nei casi specificati dalla Normativa può inviare un KO. Gli operatori recipient e donating possono interrompere la migrazione o richiedere la rimodulazione della data attesa di consegna solo in casi eccezionali e non dipendenti dalla propria volontà, secondo quanto previsto all'articolo 17, comma 12, della medesima delibera 274/07/CONS.

Da quanto precede è possibile inferire l'esistenza di una speciale responsabilità degli operatori, funzionale al buon esito delle procedure di migrazione e posta a garanzia del diritto a migrare degli utenti. In concreto, tale responsabilità si traduce nell'adozione di uno standard di diligenza rafforzato, da cui discende la necessità di implementare misure e cautele idonee a garantire che

il favor espresso dal legislatore nei confronti del diritto di migrazione non si traduca in una mera petizione di principio.

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, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da sua colpa. In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto.

Allo stesso modo, l'operatore deve dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere eventuali ostacoli amministrativi e/o tecnici incontrati, avendo, in caso contrario, l'utente diritto ad un indennizzo.

Nella fattispecie spettava all'operatore Wind, in qualità di operatore Recipient, provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per dare seguito alla migrazione richiesta, o provare che il ritardo o l'impossibilità sono stati determinati da circostanze o da problematiche tecniche o da difficoltà ad esso non imputabili.

Wind sostiene di essersi diligentemente adoperato per adempiere all'obbligazione assunta ma di aver ricevuto diversi KO dall'operatore donating che hanno tecnicamente impedito la prosecuzione della migrazione, pur avendo sempre informato l'utente sugli sviluppi.

Si premette che dalle schermate di sistema depositate da Wind (l'allegato 1, peraltro, consiste in una stringa di difficile lettura, priva di riferimento o imputazione alla fonte da cui è estratta) si evince che i ripetuti KO, siano stati ricevuti per codice di migrazione errato (ad eccezione del rifiuto del 29.4.2015 la cui causale è "richiesta non evasa" e coincide con l'unico ordinativo documentato da Fastweb e non andato a buon fine per scadenza della sessione di lavoro). Ed infatti il contratto sottoscritto in data 18.03.2015 dall'istante indicava il seguente codice di migrazione MTW067217525001, mentre il codice descritto nelle fatture differiva per l'ultima lettera (codice di controllo) essendo MTW067217525001P. Orbene anche se dall'allegato n. 2 di Wind risulta che già in data 25.03.2015 il cliente era stato ricontattato ed aveva confermato il codice corretto, cosa avvenuta anche il successivo 14.04.2015, come evidenzia l'allegato 3, in realtà nei vari tentativi di migrazioni conclusi con KO indicati nell'allegato n. 1, risulta sempre il codice di migrazione errato, ossia quello privo dell'ultima lettera "P" nella sequenza alfanumerica.

Non vi è traccia della comunicazione, citata da Wind, che Fastweb avrebbe inviato per confermare la correttezza del codice di migrazione sin dall'inizio e che si poteva reiterare l'ordine che in questo caso sarebbe andato a buon fine : tale riscontro, pur indicato all'allegato n. 9 della produzione Wind, non risulta versato in atti. Risulta solo, in via indiretta per schermata del servizio clienti, la presa d'atto dell'esito Fastweb del 18.6.2014, ancora a seguito di ulteriore conferma del codice da parte dell'utente l'1.6.2014, che ha prodotto il conseguente, nuovo inserimento del CDM del 30.6.2014, finalmente decisivo. Esito che però nulla prova in ordine ad una presunta irresponsabilità di Wind per i ko ricevuti.

L'operatore Wind non ha, dunque, fornito la prova che l'errore sul codice di migrazione, causa del ritardo nel rilascio e quindi nell'attivazione della risorsa, non fosse ad esso gestore imputabile,

pur avendo informato l'utente sui ko ricevuti, la quale però aveva già fatto tutto quanto era nelle sue possibilità per reperire i codici, come previsto dalla regolamentazione di settore.

Sussiste pertanto la responsabilità di Wind per il ritardo nell'attivazione dei servizi voce ed adsl conseguente alla richiesta migrazione; considerato che il ritardo nell'attivazione si inserisce in una procedura di cambio operatore, spetta pertanto all'utente l'indennizzo previsto dall'art. 3, commi 1 e 3 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, dal 20.4.2015 (già detratto il termine massimo per la conclusione della procedura di passaggio, ex legge n.40/2007) al 23.07.2015, per l'importo complessivo di Euro 475,00 (servizio voce + servizio ADSL).

4.5. Sulla richiesta di indennizzo per la mancata indicazione dell'utenza negli elenchi telefonici pubblici dal 2005 al 2015.

L'utente ha richiesto un indennizzo per la mancata indicazione dell'utenza negli elenchi telefonici dal 2005 al 2015.

Va subito chiarito che l'utente non ha fornito prova alcuna in ordine al titolo dal quale discenderebbe l'obbligazione del Gestore. Si precisa, che spetta all'utente l'onere di allegazione della fonte dell'obbligazione che egli stesso assume non essere stata adempiuta, e l'assolvimento di tale onere deve essere interpretato con particolare rigore nei casi come questo, in cui si contestano fatti risalenti a oltre cinque anni prima l'instaurazione del contenzioso.

In relazione al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'utente, e sulla stessa incumbente, non vi sono elementi per valutare la sussistenza dell'asserito inadempimento e la domanda deve essere rigettata. (perché, beninteso la fattispecie indennizzatoria c'è : art.10)

In ogni caso, risulta del tutto inconferente rispetto a tale richiesta, il richiamo all'art. 4 allegato A delibera 73/11/CONS, il quale prevede la possibilità di corrispondere indennizzi in caso di sospensione o cessazione di uno o più servizi. Tale disposizione si riferisce, secondo la definizione fornita all'art. 1 lett. i) a "servizi di comunicazione elettronica" intesi come "servizi, forniti di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica".

6 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 euro 150,00 (duecento/00) da porsi a carico di entrambi i gestori nella misura del 50% ciascuno, considerate le rispettive soccombenze.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza della Sig.ra xxx Nesci nei confronti delle società Fastweb xxx e Wind Telecomunicazioni xxx.
2. Le società Wind e Fastweb sono tenute a pagare in favore dell'istante, la somma di euro 75,00 (settantacinque/00) ciascuna per le spese di procedura.
3. La società Fastweb è tenuta a corrispondere la somma di euro 1000,00 (mille/00), a titolo di indennizzo ex art.4, allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
4. La società Wind è tenuta a corrispondere la somma di euro 475,00 (quattrocentosettantacinque /00) a titolo di indennizzo ex dall'art. 3, commi 1 e 3 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
5. Le società Fastweb xxx e Wind xxx sono tenute, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
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, 13 settembre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto