

DELIBERA DL/17/16/CRL/UD del 18 marzo 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

**AG. IMM. HOUSE DI XXX / OK COM XXX IN LIQUIDAZIONE / TELECOM ITALIA XXX
(LAZIO/D/24/2015)**

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 18 marzo 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 del 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 Ag. Immobiliare House di xxx presentata in data 14 gennaio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato, nei confronti degli operatori OK Com xxx in liquidazione e Telecom Italia xxx, il malfunzionamento e successivamente l’interruzione del servizio, nonché la ritardata portabilità della linea telefonica 076*****61 verso Telecom.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, ha dichiarato quanto segue:

- a) In data 11 gennaio 2011 stipulava il contratto n. 32405 per la fornitura dei servizi ADSL e VOIP con portabilità del numero 076*****61 da Telecom;
- b) dal 1 ottobre 2013 la linea telefonica risultava isolata in entrata;

- c) in seguito al perdurare del disservizio, nonostante la tempestiva richiesta telefonica di intervento, inviava reclami scritti in data 24/10/2013, 04/11/2013 e 05/11/2013;
- d) visto il mancato riscontro delle richieste inviate, richiedeva nel mese di novembre 2013 la portabilità dell'utenza a Telecom che aveva esito negativo in quanto non risultava corretto il codice di migrazione fornito da OK Com;
- e) Il codice corretto veniva inviato in data 5 dicembre 2013 e immediatamente l'Utente lo comunicava all'Agente Telecom ma la migrazione non andava a buon fine;
- f) la richiesta veniva reiterata, precisamente in data 20/01/2014 e 20/05/2014;
- g) dal mese di maggio 2014 la linea risultava isolata anche in uscita;
- h) il 16/10/2014 si teneva l'udienza di conciliazione, con esito negativo;
- i) il 13/01/2015 presentava l'istanza di definizione;
- j) il 04/03/2015 presentava nuova richiesta di migrazione che andava finalmente a buon fine.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

1. indennizzo per la mancata fornitura dei servizi telefonici dal mese di ottobre 2013 all'operatore OK Com;
2. indennizzo per la tardività e la mancata trasparenza nella gestione delle pratiche di migrazione da parte del gestore Telecom;

2. La posizione dell'operatore OK Com

L'Operatore non ha svolto alcuna attività difensiva né ha partecipato alle udienze di conciliazione e definizione della controversia.

3. La posizione dell'operatore Telecom Italia

Telecom Italia ha precisato quanto segue:

- I. In data 22/11/2013 riceveva la richiesta di migrazione con portabilità dell'utenza 076*****61 che non andava a buon fine per errore del codice di migrazione;
- II. in data 16/12/2013 riceveva una nuova richiesta di migrazione, anche questa non conclusa per impossibilità di colloquio con OLO *donating*;
- III. l'Operatore fa presente che, ai sensi della delibera 274/07/CONS, non può riattivare autonomamente un'utenza senza un preciso ordine dell'operatore concorrente;
- IV. in data 03/02/2015 riceveva una nuova richiesta di rientro, ancora in lavorazione, per la quale è stato aperto un Trouble Ticket.

Telecom ritiene di avere operato correttamente e chiede il rigetto delle istanze presentate nei suoi confronti dall'utente.

4. Motivazione della decisione

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Per completezza, si rammenta che il rientro con portabilità si è concluso positivamente a partire dal 4 marzo 2015.

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

Sul malfunzionamento dei servizi

L'istante ha lamentato il malfunzionamento della linea voce (isolata solo in entrata) a partire dal 1 ottobre 2013 e la completa interruzione del servizio dal successivo mese di maggio 2014.

L'istante ha prodotto il contratto con Okcom del 11.1.2011.

La domanda è fondata e viene accolta.

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 più recentemente 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 il prolungato malfunzionamento del servizio, dando prova di averne tempestivamente informato l'Operatore, quest'ultimo per escludere la propria responsabilità è tenuto a fornire precisa dimostrazione che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da propria 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, dovendo l'Utente essere messo in grado di comprendere quanto effettivamente accaduto.

Nel caso di specie, l'Utente ha correttamente comunicato ed inviato all'Operatore le richieste di intervento con l'esatta specificazione del disservizio subito.

L'Operatore, invece, non ha provveduto a depositare alcuna documentazione idonea ad escludere la propria responsabilità per il disservizio e/o che possa provare l'esistenza dell'informativa che il Gestore avrebbe dovuto dare al Cliente in merito alle azioni da intraprendere per la risoluzione dello stesso.

In considerazione di quanto fin qui detto si accolgono le domande dell'Utente nei termini seguenti.

Per il malfunzionamento parziale in entrata del servizio voce sulla linea telefonica dal 01/10/2013 al 30/04/2014 (211 gg) ai sensi dell'Art. 5 commi 2 e 3, e 12, comma 2, del Regolamento Indennizzi (trattandosi di utenza business) si riconosce l'indennizzo per un importo di Euro 1.055,00;

Per l'interruzione totale del servizio voce occorsa dal 01/05/2014 al 04/03/2015 (308 gg), data di riattivazione dei servizi da parte di Telecom, in applicazione degli Artt. 5, commi 1 e 3, e 12, comma 2, del Regolamento Indennizzi (trattandosi di utenza business) si riconosce l'indennizzo per un importo di Euro 3.080,00.

Sulla mancata/ritardata migrazione

L'istante lamenta la mancata/ritardata migrazione dell'utenza verso l'operatore Telecom, chiedendo la liquidazione di un indennizzo a carico dell'operatore.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere una sintetica descrizione del quadro normativo e regolamentare in materia di attivazione/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. 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.

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.

In aderenza a quanto indicato dalla normativa citata, dalla rappresentazione dei fatti e dalla documentazione depositata, si evidenzia che eventuali errori che hanno ritardato il passaggio dell'utenza debbano essersi verificati in FASE 1, nella quale il gestore acquisisce il codice di migrazione necessariamente dall'utente, ne controlla la trascrizione per il suo utilizzo, ed interloquisce col Donating per averne l'OK.

Deve precisarsi che le valutazioni vengono condotte sull'unica documentazione utile, cioè quella relativa alle richieste di rientro via, via stipulate con comunicazione contestuale del codice di migrazione, attesa l'inconferenza delle schermate di dialogo prodotte da Telecom che nulla spiegano in ordine ai codici inseriti a sistema e che soprattutto non provano gli esiti negativi, pur dichiarati in memoria, notificati dal Donating in esito alle verifiche condotte sul codice. Né, come anticipato, Okcom ha prodotto analoga documentazione, lato Donating.

In particolare l'allegato 3 citato da Telecom quale prova dell'inesattezza del codice comunicato che aveva mandato in scarto gli ordini di validazione verso Okcom, non corrisponde a quanto

dichiarato, né conferma tali circostanze l'unica schermata pertinente prodotta (Siebel) che però si riferisce ad una fase di molto successiva (3.2.2015).

Il primo contratto per rientro in Telecom stipulato il 21.11.2013, riporta stampigliato a cura del professionista un numero di trasferimento utenza per NP non coincidente con quello riportato nell'allegata fattura Okcom fornita dall'utente – mancano il codice segreto COW e il carattere di controllo- mentre il codice di migrazione sovrastante appare riportato correttamente.

Nel contratto per rientro in Telecom del 16.12.2013, la compilazione dei campi "codici" resta invariata in quanto il codice NP differisce da quello di Okcom, con la differenza che, nel frattempo, l'utente aveva espressamente ricevuto il codice via email dall'OLO (5.12.2013) e quindi comunicato a Telecom, unitamente alla schermata dell'area dedicata clienti, riportante i codici, sempre allegata al contratto.

Orbene, al di là della coincidenza tra i codici riportati nel modulo contrattuale Telecom, e quelli provenienti dall'utente, -unico elemento valutabile- , Telecom come sopra accennato, non ha fornito alcuna prova sulla reale dinamica intercorsa con Okcom nell'espletamento della procedura laddove non risulta quali codici abbia effettivamente inserito a sistema e soprattutto non sono leggibili gli esiti notificati dal Donating, negativi per codice errato, come sostenuto, ma non provato, da Telecom.

Ed ancora invariata è la situazione codici nel contratto per rientro del 4.11.2014, del quale pure non è dato verificare il seguito in termini di dialogo tra gli operatori coinvolti.

Da ultimo, il contratto del 4.3.2015 prodotto dall'utente, dove è riportato per la prima volta il codice NP completo di COW e carattere di controllo e proveniente dall'operatore UNIDATA, e che ha portato, per pacifica ammissione tra le parti al rientro della linea in Telecom con riattivazione dei servizi.

Il gestore Telecom pertanto ha espletato la migrazione dopo oltre un anno dalla prima richiesta, senza ulteriori apporti integrativi o correttivi da parte dell'utente finale, con ogni probabilità acquisendo i necessari correttivi per superare impedimenti tecnici connessi al trasferimento di una linea disattiva con Okcom, ad una riattivazione/cambio tecnologia con nuovo operatore, considerata la condizione di inoperatività tecnica ed amministrativa in cui versava l'operatore Okcom all'epoca dei fatti. Né peraltro risulta che medio tempore abbia aggiornato l'utente su come procedere, anche in relazione alla necessità o meno di stipulare un nuovo contratto ad ogni fallimento di procedura, favorendo un'inerzia incolpevole dell'utente

Si ritiene pertanto, sussistere per la ritardata migrazione, la responsabilità di Telecom che, in qualità di operatore Recipient, avrebbe dovuto attivarsi per risolvere le problematiche e, quanto meno, contattare l'utente fornendo ogni spiegazione del caso e le dovute indicazioni circa il momento in cui la procedura avrebbe potuto trovare compimento.

Considerando quindi che il Recipient non risulta aver posto in essere tutte le attività necessarie per garantire una tempestiva attivazione dei servizi, e che non ha provato che le circostanze oggetto di doglianza sono dovute a cause a lui non imputabili, ovvero a problematiche tecniche non causate da sua colpa, né ha provato di aver provveduto ad informare compiutamente l'utente delle difficoltà incontrate, si ritiene che la sua condotta non sia stata conforme agli obblighi previsti, e che sussista la sua responsabilità per il ritardo di 439 giorni rispetto al limite temporale di 30 giorni previsto dalla L. 40/2007 e dalla normativa regolamentare quale termine ultimo per la

conclusione del processo di migrazione, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo spettante all'utente per il ritardo nella migrazione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3.3 e 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, la somma di Euro 1.317,00.

Non è applicabile la sanzione più grave prevista dall'art.5.1 8 (o art. 6.2) per la concomitante interruzione del servizio, poiché l'interruzione stessa era stata determinata da Okcom, prima dell'effettivo trasferimento della risorsa (prima cioè della fase 3) e pertanto non è in alcun modo imputabile alle operazioni di trasferimento messe in atto da Telecom, operazioni che peraltro non sono state agevolate da tale condizione.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, l'importo di Euro 200,00 (duecento/00), da porsi a carico degli operatori Okcom e Telecom Italia nella misura del 50% ciascuno, 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 dell'Agenzia Immobiliare House di xxx nei confronti delle società OkCom S.p.A. in liquidazione e Telecom Italia xxx.

2. La società OkCom Spa in liquidazione è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura di conciliazione e di definizione, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;

- € 1.055,00 (millecinquantacinque/00) a titolo di indennizzo per il malfunzionamento parziale in entrata del servizio voce sulla linea dal 01/10/2013 al 30/04/2014 ai sensi dell'art. 5 commi 2 e 3, e 12, comma 2, del Regolamento Indennizzi;

- € 3.080,00 (tremilaottanta/00) a titolo di indennizzo per l'interruzione totale del servizio voce occorsa dal 01/05/2014 al 04/03/015 2014, in applicazione degli Artt. 5, commi 1 e 3, e 12, comma 2, del Regolamento Indennizzi.

3. La società Telecom Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura di conciliazione e di definizione, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 1.317,00 (mille trecento diciassette/00) a titolo di indennizzo per il ritardo nella migrazione dei servizi, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3.3 e 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi.

4. Le società Ok Com xxx in liquidazione e Telecom Italia 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.

5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.

6. E' 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, 18 marzo 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto