

**DELIBERA DL/056/18/CRL/UD del 26 giugno 2018**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**G. LA BADESSA / VODAFONE XXX / TIM XXX**

**(LAZIO/D/164/2016)**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 26 giugno 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 dal sig. G. La Badessa in data 1.3.2016;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’Istante**

L’istante ha introdotto la presente controversia lamentando il mancato rientro in Telecom dal gestore Vodafone della propria utenza residenziale nonché la mancata risposta ai reclami.

In particolare sosteneva di aver stipulato un contratto in data 10.9.2015, per l’offerta TUTTO ed INTERNET PLAY, a seguito di contatto da parte di un operatore Telecom, fornendo copia della fattura Vodafone recante il codice di migrazione necessario al passaggio.

In data 6.10.2015 sollecitava al gestore il rientro non ancora perfezionato, richiesta reiterata il 20.10.2015 a mezzo legale.

In sede di procedimento d’urgenza, il 6.11.2015, Telecom dichiarava di non poter procedere alla migrazione in quanto il codice di migrazione fornito non lo permetteva , nonostante fosse di diretta provenienza Vodafone.

Vodafone, lato suo, pur consapevole di non erogare il servizio in quanto l'utente aveva provveduto a restituire il router necessario alla sua fruizione, continuava a fatturare.

Alla data dell'istanza di definizione la linea risultava isolata e pertanto richiedeva l'indennizzo per la mancata attivazione del servizio, per la inadeguata gestione del cliente, per la mancata risposta ai reclami per Euro 5000,00.

Oltre allo storno delle fatture Vodafone, dalla data di sottoscrizione del contratto Telecom o dalla data di riconsegna del router.

## **2. La posizione dell'operatore Vodafone**

L'operatore declinava ogni responsabilità in ordine ai fatti contestati in quanto aveva eseguito quanto di spettanza del donating, fornendo correttamente il codice di migrazione necessario al passaggio; aveva poi notificato l'assenso in fase 2 come previsto, non ricevendo tuttavia dal recipient la conseguente notifica di espletamento della fase 3. L'utente risultava pertanto ancora attivo.

Quanto all'indennizzo, generico nell'indicazione, aveva una chiara connotazione risarcitoria e pertanto estranea alla cognizione del procedimento.

Con riferimento all'istanza 191/2016, l'operatore rappresentava di aver regolarmente erogato il servizio.

## **3. La posizione dell'operatore Telecom**

Telecom eccepiva preliminarmente l'inammissibilità dell'istanza per i seguenti motivi:

- per non avere l'utente utilizzato i formulari UG e GU14 previsti come obbligatori dalla Delibera n. 273/13/CONS;
- per violazione del principio di sinteticità degli atti ai sensi del punto III.3.2 della medesima Delibera;
- per essere la richiesta economica avanzata di natura risarcitoria
- per avere l'istante formulato domande nuove rispetto al procedimento conciliativo.

Nel merito deduceva che in data 10.9.2015 si era svolta un'udienza di conciliazione alla presenza di entrambi i gestori, in relazione a precedente procedimento conciliativo avente ad oggetto la mancata migrazione della linea in Telecom al termine della quale Telecom, pur declinando ogni responsabilità, si impegnava a ricontattare l'utente per la registrazione di un nuovo verbal order al fine di riprocessare la migrazione.

Il contatto avveniva sempre in data 10.9.2015, a seguito del quale l'utente forniva via fax il codice di migrazione; a seguito di sollecito dell'utente in data 6.10.2015, si procedeva all'acquisizione di nuovo verbal order ma il settore tecnico continuava ad incontrare difficoltà nell'espletamento.

Pertanto il 5.11.2015, il 187 contattava il cliente proponendo l'attivazione di un nuovo numero a seguito dell'impossibilità di eseguire la prestazione: difatti il codice migrazione fornito, relativo ad una linea attiva in fibra, non consentiva il passaggio tra gestori, per cui il numero avrebbe potuto essere migrato solo previo ritorno sulla RTG; mentre l'attivazione di una nuova linea costituiva il rimedio più veloce al problema.

Pertanto la Società si era adoperata con ogni mezzo al fine di risolvere la problematica, la cui persistenza era dovuta essenzialmente dall'indisponibilità dell'utente all'intervento proposto.

#### **4. La replica dell'utente**

L'utente contestava ex adverso ogni eccezione del gestore Telecom precisando che l'utilizzo dei formulari era puramente facoltativo e che l'istanza conteneva tutti gli elementi necessari previsti dal Regolamento; non veritiera era poi l'affermazione circa la non chiarezza dell'esposizione dei fatti di controversia e della non identità dell'oggetto sottoposto al tentativo di conciliazione.

Nel merito contestava la veridicità di quanto affermato circa la non idoneità del codice di migrazione fornito da Vodafone a consentire il passaggio, smentito dal fatto che l'utente, successivamente, era passato su rete Fastweb senza alcuna difficoltà utilizzando lo stesso codice.

Contestava inoltre quanto asserito da Vodafone in ordine ad accordo transattivo intervenuto in quanto afferente ad altro procedimento.

#### **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.

Sono infatti infondate le eccezioni di inammissibilità dell'istanza formulate da Telecom:

L'utilizzo dei formulari è una facoltà e non un obbligo per gli utenti, ben potendo le istanze di conciliazione, di definizione e di adozione di provvedimento d'urgenza essere presentate senza il ricorso ai detti formulari, purché complete di tutti i requisiti e gli elementi essenziali previsti dal Regolamento.

Ciò è espresso dagli stessi artt. 7.4 e 14. 5 del Regolamento, che dispongono che l'istanza "può anche essere inoltrata" compilando il formulario UG o GU14, nonché il paragrafo I.2 delle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche (approvate con Delibera 276/13/CONS), ove si legge: "Ai sensi degli articoli 5, comma 4, 7, comma 4, e 14, comma 5, per la proposizione delle istanze possono essere utilizzati, rispettivamente, i formulari GU5, UG e GU14 predisposti dalla Direzione.(...). Non sono ammessi ulteriori formulari". Da intendersi che l'inammissibilità consegue solo in caso di utilizzo di ulteriori formulari, diversi da quelli proposti.

Quanto alla violazione del principio di chiarezza degli atti, non si rinviene alcuna confusione o vaghezza nell'esposizione dei fatti, al pari della formulazione circostanziata degli indennizzi richiesti.

Infine non è riscontrabile alcuna disomogeneità con i fatti sottoposti al tentativo di conciliazione e del resto l'eccezione che non individua elementi specifici, assume il carattere di clausola di stile.

Nel merito, è utile ricostruire la vicenda sulla base del procedimento conciliativo prot. 15-C-06568, richiamato dalle parti, alla cui udienza di conciliazione del 10.9.2015 l'utente raggiungeva con Vodafone un accordo relativamente alle vicende pregresse alla procedura di rientro in Telecom, e all'esito della quale Telecom, pur declinando ogni responsabilità, si impegnava con l'utente a riprocessare la procedura di rientro mediante formalizzazione di nuova richiesta, poi effettivamente acquisita in pari data.

In tale occasione l'utente ha fornito il codice di migrazione Vodafone reperito in fattura e ciò esclude ogni responsabilità dello stesso circa il fallimento anche di questo rinnovato processo di rientro.

Vodafone, lato Donating, ha fornito le schermate di dialogo di sistema relative alla procedura laddove si evince chiaramente che ha ricevuto richiesta di validazione da Telecom il 7.3.2013 e che l'ha processata il giorno successivo notificando l'OK alla fase 2 e il 11.3.2016 l'esito positivo delle verifiche gestionali. La data di attesa consegna risulta fissata per il 23.3.2016; a tale data dunque si doveva perfezionare l'attivazione della linea con Telecom a conclusione del provisioning tecnico espletato in fase 3; non risulta pervenuta però al Donating alcuna notifica in tal senso dal Recipient che consentisse il distacco dalla rete Vodafone che infatti mostra il dettaglio sullo stato della richiesta come "da cessare".

Telecom lato proprio, si limita a dichiarare di avere incontrato difficoltà nell'espletamento dell'ordinativo senza indicarne la natura e senza fornire alcun supporto probatorio nel merito; né può essere considerata una causa esimente l'aver comunicato all'utente –stante quanto dichiarato- la non idoneità del codice di migrazione alla prestazione richiesta, in quanto regolarmente validato da Vodafone e, anche a tutto voler concedere, non è circostanza opponibile al cliente che ha fornito il codice presente in fattura; né ancora può essere considerata risolutiva l'offerta di attivazione di una nuova linea con nuova numerazione in quanto l'obbligazione assunta consisteva nella SSP ( Service Provider Portability).

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.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

In mancanza di prova contraria da parte di Telecom dunque, detta società risulta responsabile della mancata attivazione della linea dal 10.10.2015 ( già detratto il termine massimo per il completamento della procedura) al 23.3.2016, data in cui l'utente dichiara l'attivazione della linea con altro gestore che ha posto fine al disservizio ( peraltro mediante utilizzo dello stesso codice di migrazione) e dovendosi perciò riconoscere all'utente il diritto ad un equo indennizzo ai sensi dell'art.3, comma 1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

Se è pur vero infatti che, da quanto dichiarato e provato in atti dall'istante, egli aveva restituito a Vodafone il router già in data 8.9.2015 (Allegato 7), ponendosi così, volontariamente, nelle condizioni di non poter usufruire del servizio ancor prima del preteso rientro in Telecom, deve

pure prendersi atto della circostanza che ove Telecom avesse espletato la propria prestazione nei tempi previsti, avrebbe rimediato al disservizio causato dall'utente che, così come accaduto per l'operatore successivamente prescelto per la migrazione.

Per tale motivo non può imputarsi a Vodafone l'emissione di fatture indebite per tutto il periodo di pendenza della migrazione in quanto ha correttamente tenuto attivo l'utente (ribadito in sede di memoria difensiva) per tutto il tempo necessario all'espletamento della migrazione. Per questo motivo non possono essere stornate le fatture Vodafone relative al periodo in parola.

Pertanto ai sensi dell'art.3, comma 1 Allegato A della Delibera 73/11/CONS, spetta all'utente un indennizzo per il periodo di mancata attivazione dei servizi voce e adsl pari ad Euro 2.475,00.

Non è accoglibile la richiesta di distinto indennizzo per mancata portabilità del numero in quanto la fattispecie si qualifica come SSP, procedura disciplinata dalla Del.204/07/CONS, che prevede il servizio di NP contestualmente al trasferimento della risorsa aggregata di accesso, costituendo pertanto adempimento unitario.

Riguardo la domanda circa la mancata risposta ai reclami, è' in atti il reclamo del 6.10.2015 di sollecito della migrazione e richiesta di informazioni circa il ritardo; reclamo reiterato in data 20.10.2015.

In via generale, secondo quanto disposto dall'art. 8 dell'All. A alla Del. n. 179/03/CSP "Gli organismi di telecomunicazione indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso. L'organismo di telecomunicazioni comunica all'utente l'esito del reclamo". Nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per quanto risulti la comunicazione per le vie brevi del gestore circa l'asserita causa di impossibilità della prestazione richiesta, circostanza non contestata dall'utente, ai sensi del Regolamento la posizione di rigetto del reclamo va espressa in forma scritta e adeguatamente motivata. Tuttavia non risulta alcuna nota di risposta.

Spetta pertanto all'utente l'indennizzo di cui all'Art. 11.1 e 2 dell' Allegato A alla Delibera Indennizzi, dal 5.11.2015 ( già detratto il tempo utile alla risposta ex Carta del Cliente Telecom) fino al 1.2.2016 ( data dell'udienza di conciliazione) per l'importo di Euro 88,00.

## **6. Sulle spese di procedura**

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

Nel caso di specie, tenuto conto della partecipazione e difese svolte, si ritiene equo disporre a carico della parte soccombente Telecom in rimborso di Euro 200,00 a titolo di spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

### **IL CORECOM LAZIO**

Vista la relazione del Responsabile del procedimento;

### **DELIBERA**

1. Accoglie l'istanza presentata dal Sig. G. La Badessa in data 1.3.2016 nei confronti di TIM XXX ; la rigetta nei confronti di Vodafone XXX.
2. TIM XXX è tenuta, oltre a rimborsare l'utente delle spese di procedura per Euro 200,00 ( duecento/00), a pagare i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
  - i. Euro 2.475,00 (duemilaquattrocentosettantacinque/00) a titolo di indennizzo ai sensi dell'art.3, comma 1 Allegato A della Delibera 73/11/CONS.
  - ii. Euro 88,00 ( ottantotto/00) a titolo di indennizzo ai sensi dell'art.11, comma 1 e 2 Allegato A della Delibera 73/11/CONS.
3. TIM XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

Roma, lì 26/06/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto