

DELIBERA DL/082/18/CRL/UD del 31 luglio 2018
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
GUIDOSIMPLEX XXX / FASTWEB XXX / TIM XXX
(LAZIO/D/261/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 31 luglio 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 dalla Soc. Guidosimplex XXX in data 7.4.2016;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante

L’istante, per il tramite dell’associazione AECI Lazio, ha introdotto la presente controversia lamentando il ritardato rientro in Telecom delle utenze business già attive con Fastweb, il malfunzionamento del servizio voce a migrazione avvenuta, la doppia fatturazione dei gestori, la mancata risposta ai reclami.

In particolare sosteneva di aver stipulato un contratto con Telecom a luglio 2015 per il rientro delle linee, ma che lo stesso si perfezionava solo a novembre 2015 e, peraltro, la linea voce presentava da subito malfunzionamenti, non ricevendo chiamate da determinate numerazioni.

A fine gennaio 2016 il malfunzionamento veniva risolto ma l’adsl non risultava ancora migrata; detto servizio è stato attivato da Telecom solo a seguito di provvedimento temporaneo del Corecom nel febbraio 2016.

In base a tali premesse l'utente richiedeva:

- l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami pari ad Euro 300,00
- l'indennizzo per la ritardata migrazione per Euro 4.250,00
- l'indennizzo per il malfunzionamento linea voce e dati per euro 20.000,00.
- il rimborso parziale delle fatture non dovute per Euro 6.500,00 e lo storno di quelle insolute. Oltre spese per la procedura.

2. La posizione dell'operatore Fastweb

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

Eccepiva in primo luogo che la problematica della mancata migrazione del servizio adsl era stata sollevata per la prima volta in secondo grado e che comunque, essendo stata processata una NP pura, era ovviamente passato solo il servizio fonia, essendo esclusivamente compito di Telecom attivare il servizio adsl sulla propria risorsa, ove previsto dal contratto. La risorsa presso il Donating, dunque, resta attiva fino a disdetta.

La fonia è invece passata in Telecom il 2.12.2015, come da schermate Eureka.

Quanto ai fatti richiamati dall'utente relativi alla gestione Fastweb della linea fino a luglio 2015, gli stessi non riguardano la presente controversia in quanto fatti oggetto di un precedente tentativo di conciliazione e risultando pendente, su tali fatti, causa civile presso il Tribunale di Milano.

Il contratto con l'utente è dunque cessato alla ricezione della disdetta come da Regolamento Agcom sulle procedure di passaggio tra operatori.

3. La posizione dell'operatore Telecom

Telecom, in sede di replica alle memorie di parte istante, eccepiva che tutte le utenze interessate dalla migrazione erano rientrate nei tempi tecnici previsti.

In particolare, precisava quanto segue:

- La richiesta di rientro del GNR 06615628001-02-03-04-05-06 del 14.7.2015, era pervenuta in data 22.7.2015; in data 13.11.2015 risultano emessi gli ordinativi di rientro delle linee 06615628001-02-03-04-05-06 epletati in data 2.12.2015
- Le schermate di sistema mostrano l'esistenza di due scarti notificati il 27.2.2015 e il 2.4.2015;
- Alla data del 21.4.2016, dunque, erano attive sui sistemi Telecom , le utenze de quibus, oltre a 5 linee isdn; un collegamento Village Enterprice mail e 3 connessioni internet (internet professional liberty 4M, internet professional liberty 8M internet professional 7M adaptive , erano in corso di attivazione.

Quanto al malfunzionamento, deduceva che in base alle risultanze del retro cartellino, il disservizio era durato 50 giorni su tre linee e 3 giorni sulle altre tre, ma che la responsabilità fosse dell'operatore Donating.

Chiedeva pertanto il rigetto delle domande essendo Telecom esente da responsabilità.

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.

Tuttavia, alla luce di quanto dedotto è necessario delimitare l'oggetto del presente procedimento in quanto vengono riproposte dall'utente, (solo peraltro con il Gu14 e, in particolare solo con le successive memorie) doglianze relative al rapporto contrattuale con Fastweb che sono state oggetto di altro procedimento conciliativo e non sottoposte al tentativo di conciliazione esperito in data 30 marzo 2016.

Nell'istanza di conciliazione prot. n. 1269 del 4.2.2016, infatti l'istante deduce fatti relativi alla ritardata migrazione in Telecom richiesta con il contratto di luglio 2015 e all'impossibilità, ad attivazione avvenuta, di ricevere chiamate da alcune utenze. Il riferimento a precedenti malfunzionamenti con Fastweb di natura imprecisata e non circostanziati nel tempo risultano un mero inciso (messi tra parentesi), come motivazione del richiesto rientro in Telecom. Né soccorre la altrettanto generica richiesta indennizzatoria che nelle memorie viene quantificata in euro 20.000,00, con un intento evidentemente di natura risarcitoria; nulla su tale argomento, poi, risulta dal verbale di conciliazione del 30.3.2016.

Ad abundantiam si osservi che dal precedente tentativo di conciliazione prot. 5176 del 27.4.2015, a parte l'incongruenza di contestare una fattura di febbraio 2015 per servizi non fruiti e poi riferire unicamente i disservizi relativi al mese di aprile, nel verbale di conciliazione esperito a giugno 2015 si avanza una generica richiesta di Euro 10.000,00 senza alcun riferimento al periodo interessato.

La genericità dunque dei riferimenti che hanno contrassegnato le istanze de quibus non possono consentire un aggiramento del principio del doppio grado di giudizio mentre impongono di delimitare l'oggetto della conciliazione e della presente definizione solo a quei fatti che, seppur generici, paiono riferiti ad un arco temporale minimamente certo (da "luglio 2015", a ottobre/novembre 2015 e "recentemente" quale dies ad quem di soluzione del malfunzionamento indicato nell'UG del 4.2.2016.)

Entro questo perimetro la domanda può considerarsi ammissibile e nella misura in cui la sua genericità ed indeterminatezza viene sanata dalle deduzioni delle due controparti coinvolte.

Per quanto concerne l'eccezione di Fastweb circa la violazione del doppio grado di giudizio per la domanda relativa all'attivazione dell'ADSL, se è vero che la stessa risulta non specificata nell'istanza di conciliazione è anche vero che la domanda è stata fatta oggetto di provvedimento di urgenza in data 15.2.2016 e pertanto ammessa come parte integrante del tentativo di conciliazione. L'eccezione viene pertanto respinta.

Nel merito, l'utente lamenta il ritardato rientro di utenze business in Telecom richiesto a "luglio 2015" e perfezionatosi a "novembre 2015".

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per

l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nel caso in esame, l'utente non ha assolto al proprio onere probatorio di depositare il contratto per il rientro delle linee in Telecom, ma ha dedotto unicamente quale oggetto di tale contratto il numero 06****8001 (+ altre 99 da 06****80 a 06****80-99).

Orbene i due gestori, con dichiarazioni e controprove concordi hanno individuato il radicale delle numerazioni che ha costituito l'oggetto della migrazione (directory number 06****280) corrispondente ad un unico codice di migrazione (cfr. fatture Fastweb); ad esso sono associate con certezza sei numerazioni (01-02-03-04-05-06) raggiungibili dall'esterno e che hanno subito il malfunzionamento del traffico entrante, (cfr.retrocartellino unificato Telecom relativo ai 6 impianti).

Di queste sei numerazioni vi è prova che fossero state oggetto di migrazione per ammissione della stessa Telecom (infatti compaiono nelle fatture Telecom depositate dall'utente).

Delle altre utenze dedotte non vi è traccia, mentre l'onere sulla prova dell'oggetto del contratto con cui è stato richiesto il servizio di SPP spettava sempre all'utente per cui, in assenza, non può dimostrarsi che per queste sia stata richiesta la portabilità.

Del resto non è di ausilio nessuna altra documentazione che consenta di definire la portata dell'inadempimento, posto che l'utente per tutto il periodo in esame non ha svolto un solo reclamo scritto, né per la portabilità, né per l'attivazione dell'adsl.

4.1 Sul ritardato rientro

Le dichiarazioni di Telecom e le schermate Eureka di Fastweb, sono concordi nel collocare l'ordinativo di rientro alla data del 21.10.2015 con una prima DAC fissata al 19.11.2015, poi rimodulata al 3.12.2015 e con espletamento il 2.12.2015 (Telecom riferisce anche di precedenti scarti registrati e notificati a Fastweb dalla divisione reti nel febbraio 2015, ma riferibili evidentemente alla precedente attivazione del contratto con detto gestore).

Non producendo Telecom alcuna schermata di sistema che attesti quanto avvenuto prima del 21.10.2015 ed ammettendo che la richiesta di rientro era del 14.7.2015, ricevuta il 22.7.2015, si deve presumere l'inerzia del gestore fino a quella data. In tal senso anche la schermata Fastweb che non rileva precedenti ordinativi andati in KO. Responsabile dell'inadempimento è pertanto Telecom.

Per il periodo di ritardo l'utente non ha mai lamentato soluzione di continuità nell'erogazione del servizio ma solo malfunzionamento a seguito dell'attivazione e pertanto per tutto il periodo di ritardo è applicabile l'art.3 commi 1 e 3 , nonché 12, comma 2 Allegato A alla Delibera Indennizzi per le sei utenze ammesse pacificamente, risultando dovuto un indennizzo pari a Euro 1.998,00.

4.2 Sul malfunzionamento.

Dall'esame del retro cartellino unificato Telecom relativo alle sei utenze attivate, risultano, in base alle segnalazioni registrate (non viene dedotta dall'utente alcuna data di fine disservizio), i seguenti periodi di malfunzionamento:

- per le utenze 06****8002-03 dal 9.12.2015 al 23.1.2016 (45 gg)
- per l'utenza 06****8001 dal 4.12.2015 al 1.2.2016 (59 gg)
- per l'utenza 06****8004 dal 9.12.2015 al 2.2.2016 (55 gg)
- per le utenze 06****8005-06 dal 9.12.2015 al 12.12.2015 (3 gg)

L'utente ha dedotto di non poter ricevere chiamate da "*determinate numerazioni*" evidenziando dunque un problema di instradamento delle stesse a seguito di migrazione; la regolamentazione della procedura prevede che l'operatore Donor, ricevuta la notifica di accettazione tecnica da parte dell'operatore Donating o decorso il termine del silenzio assenso, in corrispondenza della DAC effettui il cut-over inviando, in corrispondenza del termine delle operazioni, la notifica di espletamento della procedura di Service Provider Portability al Recipient ed al Donating e quest'ultimo effettua le eventuali riconfigurazioni degli instradamenti in modo sincrono al Donor, al fine di evitare disservizi ai clienti portati. (art. 2.5 Del 35/10/CONS)

Tuttavia non risulta da quali operatori non era possibile ricevere chiamate, né risultano provati, dalle risultanze del retro cartellino, gli accertamenti compiuti da Telecom con gli altri operatori (nella fattispecie Fastweb) al fine di risolvere la problematica.

Dovendosi concludere per la coincidenza in TIM del ruolo di Donor, Recipient e Divisione Reti, spettava infatti a detto gestore gestire il disservizio.

In particolare è rinvenibile nel catalogo Wholesale Tim la prassi che, in caso di ordinativi complessi (riguardanti ad esempio la portabilità di un GNR) il processo preveda di norma una fase di collaudo congiunto tra TIM (Wholesale) e l'Operatore "recipient", che eventualmente coinvolge il cliente finale (*Catalogo TIM Wholesale*).

Pertanto, in mancanza di prova sull'attività svolta, l'irregolare erogazione del servizio telefonico inibito limitatamente ad alcune chiamate in entrata, che non ha tuttavia comportato la totale interruzione del servizio per le utenze de quibus, è da imputarsi alla responsabilità della società Telecom ed in quanto tale implica la corresponsione di un indennizzo ai sensi dell'art. 5, comma 2, e 12, comma 2 Allegato A della delibera Indennizzi,

E così:

- per il malfunzionamento delle utenze 06****8002-03 Euro 225,00
- per il malfunzionamento dell'utenza 06****8001 Euro 295,00
- per il malfunzionamento dell'utenza 06****8004 Euro 275,00

Nulla è dovuto per le utenze 06****8005-06 in quanto il guasto è stato risolto entro il tempo utile previsto dalla Carta servizi Telecom.

4.3 Sull'attivazione del servizio ADSL

L'istante lamenta la mancata migrazione del servizio ADSL in Telecom, eseguita solo a seguito di provvedimento temporaneo del Corecom.

Telecom nulla deduce sul punto, mentre Fastweb ha documentato una richiesta di NPP e dunque per la migrazione del numero cui è associato il solo servizio fonia, mentre presso il Donating affermava essere rimasta attiva la risorsa dati.

Anche per tale componente della migrazione, l'utente non ha sporto nessun reclamo, evidentemente continuando a fruire del servizio con Fastweb che a ciò era tenuta per garantire la continuità del servizio almeno fino alla notifica dell'avvenuto espletamento della portabilità il 2.12.2015 da parte del Recipient; successivamente a tale adempimento, essendo la risorsa d'appoggio del numero di proprietà (o in disponibilità) del Recipient, spettava a Telecom il compito di adempiere all'obbligazione contrattuale attivando il servizio adsl sulla propria risorsa, cosa che è avvenuta solo il 15.2.2016 a seguito di istanza di riattivazione urgente presentata dall'istante in data 8 febbraio 2016.

Telecom è dunque responsabile della mancata attivazione del servizio che, alla luce delle circostanze fattuali sopra richiamate, deve supporre attivo con Fastweb almeno fino a tutto il 2.12.2015; pertanto rispetto all'obbligazione assunta il 14.7.2015 di migrare (anche) il servizio ADSL, detratto il tempo utile all'adempimento, Telecom ha omesso di attivare il servizio ed è pertanto tenuta a indennizzare l'utente ai sensi dell'art.3, comma 3 e 12, comma 2 Allegato A alla Delibera Indennizzi, per Euro 333,00.

Dal 2.12.2015 al 15.2.2016 data di attivazione, non vi è prova che l'adsl fosse ancora attiva con il Donating (per quanto Fastweb lo affermi, ma senza provarlo) e quindi, in assenza di controprova di Telecom, deve presumersi l'interruzione del servizio (che ha peraltro indotto a presentare istanza GU5) e pertanto Telecom deve ritenersi responsabile, per detto arco temporale, della mancata erogazione del servizio adsl ai sensi dell'art.3, comma 1 e 12, comma 2, per Euro 1.125,00.

4.4 Sulla fatturazione

L'utente richiede lo storno degli insoluti a Fastweb per il periodo aprile- novembre 2015 e il rimborso parziale per il periodo dicembre 2015 - marzo 2016 "per via della doppia fatturazione operata da Fastweb e Telecom".

Anche per tale domanda la deduzione è confusa non essendo analiticamente ricostruita da chi ha interesse (l'istante) l'esposizione debitoria nei confronti di Fastweb e le motivazioni dell'annullamento richiesto; né quale delle due concomitanti fatturazioni sia ritenuta da rimborsare parzialmente ed in ragione di quale causale, posto che Fastweb dichiara di aver mantenuto attiva la componente dati della risorsa.

Anche volendo ricostruire in condizioni di estremo favore dell'utente la sua posizione contabile, in primo luogo devono stralciarsi dalla disamina le fatture Fastweb depositate dall'utente che afferiscono al periodo antecedente la stipula contrattuale con Telecom per la portabilità (bimestri: gen/feb 2015, marzo/aprile 2015 , maggio/giugno 2015) perché riferite a periodo non oggetto del presente procedimento come esposto in premessa; per quanto concerne le fatture emesse in pendenza della migrazione (luglio/ago 2015, sett/ott 2015 , nov/dic 2015) le stesse sono dovute in quanto nelle more dell'attivazione del nuovo contratto il precedente operatore ha mantenuto attiva la risorsa sui propri sistemi per evitare disservizi come richiesto dalla regolamentazione e come documentato dall'ingente traffico generato; per quanto concerne il periodo successivo al rientro in Telecom nonché all'attivazione dell'ADSL del 12.2.2016, Fastweb era tenuta a chiudere

il contratto con l'utente disattivando i servizi e perciò, pure in mancanza delle fatture in atti, è ragionevole e consequenziale disporre lo storno dell'insoluto decorrente dalla data anzidetta.

Per quanto concerne la fatturazione Telecom, relativa al primo bimestre 2016, l'utente ha depositato unicamente i frontespizi delle fatture recanti gli importi complessivi e solo per 4 numerazioni su 6 e pertanto, anche volendo stornare e rimborsare la quota parte di canone relativa all'adsl non ancora attivata, ciò è ostacolato dall'impossibilità di estrapolare dal canone globale la quota relativa a detto servizio oltre che l'utenza sulla quale è attivo e sempre che sia stato effettivamente addebitato.

4.5 Sui reclami

L'utente non ha depositato reclami inoltrati a nessuno dei due gestori nelle more della migrazione e dell'attivazione dell'adsl, facendo generico riferimento a reclami telefonici non meglio circostanziati.

La domanda così indeterminata pertanto non è accoglibile.

5. 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 violazione più volte rilevata del principio di chiarezza e sinteticità degli atti nell'esposizione dei fatti e delle richieste di cui all'art. 16.2 bis del Regolamento, si ritiene equo disporre la compensazione delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza presentata dalla Guidosimplex XXX in data 7.4.2016 nei confronti di TIM XXX e Fastweb XXX.
2. TIM XXX è tenuta, a pagare i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. Euro 1.998,00 (millenovecentonovantotto/00) a titolo di indennizzo ai sensi dell'art.3, comma 1 e 3 e 12, comma 2 Allegato A della Delibera 73/11/CONS.
 - ii. Euro 795,00 (settecentonovantacinque/00) a titolo di indennizzo ai sensi dell'art.5, comma 2 e 12, comma 2 Allegato A della Delibera 73/11/CONS.

iii. Euro 1.125,00 (millecentoventicinque/00) ai sensi dell'art.3, comma 1 e 12, comma 2, Allegato A della Delibera 73/11/CONS.

3. Fastweb XXX è tenuta a stornare l'insoluto esistente a carico dell'istante a decorrere dal 15.2.2016.
4. Tim XXX e Fastweb 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 d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, lì 31/07/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto