

DELIBERA DL/104/14/CRL/UD del 4 novembre 2014

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

A. M. / VODAFONE OMNITEL ■■■

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 4 novembre 2014;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "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, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 23.04.2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/203/2013, con cui la sig.ra A. M. (di seguito, per brevità, "sig.ra M.") ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la

definizione della controversia insorta con la società VODAFONE OMNITEL ■■■ (di seguito, per brevità, "Vodafone");

VISTA la nota del 03.05.2013 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento - nonché a Wind s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Fastweb s.p.a., ai sensi dell'art. 18 Regolamento citato - l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE le memorie ed i documenti presentati dalle parti, nonché la replica dell'utente;

VISTE le memorie istruttorie ed i documenti presentati da Wind, Telecom Italia e Fastweb;

UDITE le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a.) All'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione svoltosi il 25.01.2013, l'utente ha introdotto il presente procedimento chiedendo al Corecom Lazio di accertare l'avvenuto legittimo esercizio del diritto di ripensamento nei confronti di Vodafone e, conseguentemente, condannare quest'ultima al pagamento degli indennizzi previsti dall'Allegato A alla Delibera 73/11/CONS così quantificati: Euro 520,00 ex art. 6 per la omessa portabilità del numero dal 12.4.2012 (data di inizio fatturazione) al 25.7.2012 (data di attivazione del servizio con altro operatore); Euro 1.925,00 ex art. 8 per l'attivazione non richiesta del servizio Adsl, dal 12.4.2012 (data di inizio fatturazione) al 2.5.2013 (data di comunicazione Vodafone di disattivazione del servizio); Euro 1.925,00 ex art. 8 per l'attivazione non richiesta del servizio voce, dal 12.4.2012 (data di inizio fatturazione) al 2.5.2013 (data di comunicazione Vodafone di disattivazione del servizio); Euro 900,00 ex art. 9 per la perdita della numerazione, per 9 anni di precedente utilizzo (2003-2012); Euro 300,00 ex art. 11, per la mancata risposta ai reclami.

A sostegno delle domande proposte, l'utente deduceva che il 14.3.2012 prestava il proprio consenso telefonico a Vodafone per aderire alla promozione "Adsl e telefono senza limiti" con migrazione e portabilità dal gestore Wind; in sede di prestazione del consenso, l'operatore del call center Vodafone specificava alcune caratteristiche della promozione che in seguito si rivelavano inesatte, tra cui il sopralluogo di un tecnico presso l'abitazione dell'utente per l'installazione della Vodafone Station, a seguito della quale l'utente avrebbe avuto 10 giorni di tempo per "testare" il prodotto mediante utilizzo di una numerazione provvisoria; al termine del periodo di prova, l'utente avrebbe potuto decidere se prestare il consenso definitivo alla migrazione, o se restituire la Vodafone Station; il donating Wind sarebbe stato coinvolto nella procedura solo a seguito di prestazione del consenso definitivo, restando invece del tutto estraneo alla fase relativa al periodo di prova. Il 15.3.2012 l'utente veniva ricontattato dal call center Vodafone che riferiva che, a causa di un problema occorso durante la registrazione del 14.3.2012, tale registrazione andava ripetuta; nella medesima occasione l'utente, chiesti chiarimenti all'operatore del call center, riceveva informazioni contrastanti con quelle ricevute il giorno precedente. Il 20.3.2012 l'utente contattava il call center per avere chiarimenti sulle condizioni contrattuali offerte il 14.3.2012, ricevendo conferma che le stesse non erano rispondenti alla promozione offerta; l'utente manifestava pertanto all'operatore del call center la volontà di recarsi presso un centro Vodafone per avere

informazioni certe sulla promozione in corso, riservandosi di decidere se aderire o meno alla stessa; a fronte di ciò, il call center informava l'utente che avrebbe sospeso la pratica presso il servizio competente, avvisando altresì l'utente di rispondere negativamente ad una eventuale richiesta di nuova registrazione vocale. Il 21.3.2012 l'utente riceveva la richiesta telefonica di conferma dei dati tramite nastro registrato, dati che l'utente non confermava. Il 21.3.2012 l'utente riceveva un sms dal servizio clienti Vodafone di "conferma dati internet e telefono"; il 22.3.2012 riceveva altro sms con il "numero di pratica 51611305". L'utente contattava quindi il servizio clienti (23.3.2012) chiedendo spiegazioni sull'avvio della migrazione nonostante il 20.3.2012 l'operatore del call center avesse dato rassicurazioni sulla sospensione della pratica: l'operatore, che confermava l'avvio della procedura di migrazione, invitava l'utente ad inviare una raccomandata di disdetta, informandolo altresì che avrebbe sospeso la procedura di migrazione per 20 giorni, onde consentire all'utente di esercitare il recesso. Il 28.3.2012 l'utente inviava a Vodafone raccomandata a.r. con la quale esercitava il diritto di ripensamento ex art. 64 D. Lgs. 206/05. Il 2.4.2012 Vodafone recapitava al domicilio dell'utente la Vodafone Station, che l'utente restituiva il 6.4.2012. Il 11.4.2012 l'utente constatava l'interruzione dei servizi; a seguito di reclamo sia a Wind che a Vodafone, apprendeva che la migrazione si era perfezionata; il 19.4.2012 – dopo inutili richieste, sia a Wind che a Vodafone, di ripristinare il servizio, l'utente stipulava un nuovo contratto con Fastweb, comunicandogli il codice di migrazione fornitogli da Vodafone. Riscontrando un ritardo nella migrazione verso Fastweb, contattato il relativo servizio clienti nel mese di maggio 2012, l'utente apprendeva della bocciatura (bocciatura che sarebbe occorsa 2 volte) da parte di Vodafone della richiesta di migrazione; anche i reclami telefonici a Vodafone restavano privi di riscontro ed esito. L'utente, pertanto, chiedeva a Fastweb l'assegnazione di una nuova numerazione che veniva attivata il 25.7.2012. L'utente, ricevute le fatture da Vodafone, le contestava puntualmente, svolgendo reclami sia telefonici che a mezzo raccomandata a.r.; con comunicazione del 31.8.2012 Vodafone riscontrava il reclamo del 16.8.2012, offrendo l'indennizzo di Euro 150,00 per tutti i disagi subiti dall'utente, ma l'utente non accettava l'offerta; seguivano altre fatture, alcune delle quali, a seguito di reclamo dell'utente, venivano stornate con l'emissione di note di credito. Con raccomandata a.r. del 23.1.2013, preceduta da richiesta tramite call center del 14.1.2013, l'utente chiedeva a Vodafone copia di tutte le registrazioni intercorse, ribadendo ancora una volta la volontà di cessare ogni rapporto contrattuale eventualmente ancora in essere, con richiesta di immediata sospensione delle fatturazioni, e storno delle ultime fatture emesse il 26.10.2012 e 28.12.2012; ricevuta altra fattura del 26.2.2013, l'utente ne chiedeva lo storno con reclamo a mezzo fax del 10.4.2013 con il quale ribadiva altresì le precedenti richieste di cui al reclamo del 23.1.2013 rimasto privo di risposta ed esito.

1.b.) Con memoria difensiva tempestivamente depositata, Vodafone deduceva che il 14.3.2012 l'utente prestava il consenso all'attivazione dei servizi di telefonia su utenza fissa, con importazione della stessa da Wind; il 10.4.2012 la procedura di importazione a attivazione veniva regolarmente espletata; con comunicazione ricevuta da Vodafone il 3.4.2012, l'utente manifestava la volontà di recedere dal contratto; Vodafone contattava quindi l'utente e, appresa la volontà di questo di migrare verso altro operatore mantenendo la medesima numerazione, non cessava il contratto per consentire all'utente di ottenere la portabilità verso altro OLO; il 23.4.2012 Fastweb avviava la procedura di migrazione, senza tuttavia ultimarla; il 24.5.2012 Fastweb inoltrava altra richiesta di migrazione con portabilità, che veniva "scartata" con causale "cliente in cessazione o

già cessato”, non avendo Fastweb provveduto a chiudere la precedente procedura di migrazione e risultando la stessa ancora pendente; Vodafone “ha quindi posto in scarto la prima procedura lasciata negligenemente aperta da Fastweb, onde consentire l’avvio di una nuova procedura”, ma “nessuna ulteriore richiesta è giunta a Vodafone da Fastweb o da altro OLO”.

Vodafone concludeva pertanto per l’assenza di qualsivoglia responsabilità, considerato che il recesso esercitato dall’utente è stato ricevuto dal gestore il 3.4.2012, oltre i 10 giorni previsti per l’esercizio del diritto di ripensamento, e quando la procedura di migrazione era in fase tanto avanzata da impedirne l’interruzione, e che i servizi erano stati attivati il 10.4.2012; l’utenza era poi stata mantenuta attiva in attesa che altro OLO ne chiedesse l’importazione; Fastweb ha poi lasciato scadere la prima richiesta di importazione, sottoponendone una seconda senza tuttavia chiudere la prima; i servizi venivano regolarmente prestati da Vodafone, e la mancata asserita fruizione degli stessi era a imputare esclusivamente alla scelta dell’utente di non collegare la Vodafone Station; infine, sotto il profilo amministrativo e contabile, Vodafone deduceva che l’utente era disattivo e di non avere insoluti essendo stato stornato ogni addebito.

1.c.) Con memoria istruttoria tempestivamente depositata, Wind deduceva di avere ricevuto, il 23.3.2012, richiesta di migrazione verso altro OLO, che veniva espletata il 12.4.2012; depositava copia delle relative schermate tecniche.

1.d.) Con memoria istruttoria tempestivamente depositata, Telecom deduceva che dal proprio sistema certificato di dialogo tra operatori, denominato Pitagora, risultava che la migrazione Wind-Vodafone veniva espletata il 10.4.2012 con contestuale attivazione NPG OLO Vodafone; depositava copia delle relative schermate tecniche.

1.e.) Con memoria istruttoria tempestivamente depositata, Fastweb deduceva di avere concluso un contratto con l’utente in data 19.4.2012 per la migrazione dell’utenza fissa da Vodafone; la prima richiesta di migrazione, processata il 23.4.2012, veniva espletata da Vodafone in fase 2, ma bocciata (7.5.2012) da Telecom in fase 3 con causale “altro ordine in corso per la stessa utenza”; la seconda richiesta di migrazione, processata da Fastweb il 24.5.2013, veniva bocciata in Fase 2 da Vodafone con causale “cliente in cessazione o già cessato”. Le procedure di migrazione avviate da Fastweb non erano dunque andate a buon fine, impedendo l’attivazione dei servizi.

1.f.) L’utente ha replicato alle difese di Vodafone, eccependo l’irricevibilità della memoria difensiva pervenuta all’utente il 29.5.2012 oltre la scadenza del termine del 26.5.2012 assegnato dal Corecom Lazio; nel merito, ribadiva di avere correttamente e legittimamente esercitato il diritto di ripensamento ai sensi della normativa vigente e di cui al Codice del Consumo, non avendo mai ricevuto da Vodafone né la copia cartacea del contratto, né le relative condizioni economiche, né alcuna informativa relativa al diritto di ripensamento e di recesso; il ripensamento è stato esercitato il 28.4.2012, data di consegna al servizio postale della relativa raccomandata, a nulla rilevando la data di consegna a Vodafone; la proposta di abbonamento, che reca la data del 20.3.2012, prodotta da Vodafone, non è mai stata ricevuta dall’utente, e infatti la stessa è priva di sottoscrizione; in relazione alla predetta data, il ripensamento del 28.4.2012 è senz’altro tempestivo; l’utente non aveva proceduto alla seconda registrazione vocale, pur richiesta da Vodafone; la volontà di non concludere il contratto era stata già chiaramente manifestata il 23.3.2012 all’operatore del call center, che aveva garantito la sospensione della pratica; deduceva di essere stata indotta da Vodafone a revocare il ripensamento/recesso, per non rimanere priva dei

servizi, posto che Vodafone le aveva riferito che il processo di migrazione, alla data del 3.4.2012 (data di ricezione della raccomandata di ripensamento) non poteva essere interrotto; Vodafone aveva ripetutamente violato le disposizioni in materia di conclusione dei contratti a distanza e gli obblighi di informazione sulla stessa gravanti e, in particolare, gli artt. 52, comma 1, lett. f) e g), e l'art. 53 Codice del Consumo; art. 2, comma 5 Allegato A alla Delibera 664/06/CONS; precisava infine che "i servizi Vodafone sono stati disponibili dal 12.4.2012 e non dal 10.4.2012, tanto è vero che la linea veniva disabilitata da Wind il 11.4.2012"; la disattivazione da parte di Vodafone avveniva il 3.5.2012 solo a seguito di reclami e diffide, così come la regolarizzazione della posizione amministrativa e contabile. L'utente ha infine contestato il mancato deposito da parte di Vodafone della documentazione richiesta dal Corecom Lazio con la nota di avvio del procedimento, nonché di avere mai ricevuto le comunicazioni di cui al documento 6 allegato alla memoria difensiva del gestore, consistenti in asserite email prive di data e di indirizzo sia del mittente che del destinatario.

1.g.) All'udienza del 12.07.2013, il Legale Istruttore, rilevata la mancata comparizione di Vodafone, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

Deve essere rigettata l'eccezione di tardività del deposito della memoria difensiva di Vodafone, posto che il termine perentorio a tal fine concesso dal Corecom Lazio con la nota di avvio del procedimento scadeva il giorno domenica 26.05.2013: si evidenzia infatti che, sia nel processo amministrativo, sia nel processo civile, se il giorno di scadenza per un adempimento è festivo – cui è equiparato il sabato - il termine è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo (art. 52, 3° comma decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104: "Se il giorno di scadenza e' festivo il termine fissato dalla legge o dal giudice per l'adempimento e' prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo"; art. 155, 4° comma, c.p.c.: "Se il giorno di scadenza è festivo, la scadenza è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo"). Per analogia legis, pertanto, ed anche secondo giurisprudenza di legittimità (Cass. II, 24 settembre 2010 n. 24375/10) tale principio deve ritenersi applicabile anche nel procedimento amministrativo, con la conseguenza che qualora i termini fissati con la lettera di avvio del procedimento scadano in giorno festivo, sono prorogati al primo giorno seguente non festivo, a nulla rilevando le diverse previste modalità di trasmissione via fax o telematica, che comunque richiedono anch'esse, come il deposito di un atto, la materiale ricezione da parte del personale addetto all'ufficio, non presente nei giorni festivi (cfr. Delibera n. 26/12/CRL). La memoria, depositata presso il Corecom Lazio il giorno lunedì

27.05.2013, è pertanto tempestivamente depositata e ammissibile; la ricezione, da parte dell'utente, in data 29.5.2013, dunque oltre il termine concesso del 26.5.2013, non incide infatti sulla regolarità del deposito, potendo eventualmente essere solo motivo di richiesta, da parte dell'utente, di rimessione in termini per il deposito della memoria di replica che, nel caso di specie, è stata comunque tempestivamente depositata.

2.2. Nel merito.

2.2.1 Sull'esercizio del diritto di ripensamento.

Il contratto concluso per mezzo del telefono, rientra nell'ambito dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'art.50 e segg. del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n.664/06/CONS con riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione.

Attesa la contestazione dell'utente, si tratta di accertare se la dinamica di prospettazione dell'offerta, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi conseguenti, abbia integrato i requisiti posti dalla normativa succitata a tutela del contraente debole, in quanto il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt.52 e 53 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso (recte: ripensamento) senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine stabilito (art.64). Tali regole di protezione tengono conto della peculiarità dello strumento negoziale in esame che si caratterizza per la carenza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore rispetto alla controparte soprattutto per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la "distanza" lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo. Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico del professionista, ovvero: le informazioni relative al negozio stipulando, da fornire "prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza" (art.52); l'obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto duraturo, di tutte le informazioni rese ai sensi dell'art.52 "prima od al momento dell'esecuzione del contratto" (art.53); il diritto del consumatore di recedere senza penalità e senza obbligo di motivazione entro dieci giorni lavorativi, decorrenti dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi di cui all'art.52 "qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto..." (art.64, co.1 e 65, co.2, lett.b). La violazione del dovere di consegna del documento informativo di cui all'art.53, comporta l'ampliamento del termine concesso al consumatore per l'esercizio del ripensamento che, per i contratti a distanza, è "di 90 giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto". (art.65, co.3).

Sulla scorta della normativa generale, la Delibera 664/06/CONS ha imposto vincoli ancora più stringenti alla condotta dell'operatore di TLC che adotti la tecnica "a distanza" per la stipula dei contratti di telefonia; ciò in considerazione di un ambito caratterizzato da costante evoluzione tecnologica e concorrenzialità del mercato, dove le capacità di orientamento e valutazione del consumatore sono oltremodo sollecitate e si postula l'esigenza di configurare uno jus poenitendi rafforzato e di agevole esercizio, soprattutto quando la proposta sia telefonica.

Assume rilievo, allora, il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 2 (Conclusione dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica) che stabilisce, in linea generale, che la volontà inequivoca dell'utente di concludere il contratto deve risultare da un modulo, ovvero altro documento contrattuale anche elettronico, con la specifica che nel caso venga utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi sul contratto stipulando ed il consenso informato dell'utente, possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, "sempre che l'operatore abbia adempiuto anche agli oneri di cui al comma seguente" ; ciò deve avvenire, ai sensi del successivo comma 6, mediante l'invio di un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni di cui all'art.53, comma 1 del Codice del Consumo (condizioni e modalità di esercizio del diritto di recesso, recapiti del gestore per i reclami, servizi di assistenza e garanzie), nonché delle informazioni di cui all'art.52, quelle cioè relative al contratto concluso (caratteristiche essenziali del servizio, prezzo, esistenza del diritto di recesso, durata e validità dell'offerta e del prezzo ecc.). In alternativa al modulo di conferma, l'operatore può redigere un vero e proprio contratto in base alle informazioni risultanti dal vocal order, ed inviarlo all'utente per la sottoscrizione, "al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto" (comma 7). Lo spirito della disposizione normativa è finalizzato a rafforzare il diritto del consumatore ad avere piena consapevolezza circa le proposte commerciali alle quali ha precedentemente aderito per telefono, mediante presa visione di un documento scritto, al fine di verificare la rispondenza delle condizioni all'offerta prospettata e di poterci ripensare.

L'art. 5 Del. 664/06/CONS disciplina infatti il diritto di ripensamento nei contratti a distanza, che altro non è che una particolare forma del diritto di recesso, prevedendone (comma 2) l'esercizio "senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi" che decorre (comma 4, lett. b) "per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 2, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa"; tuttavia, "Nel caso in cui l'operatore non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione di cui all'art. 2, comma 6, e quelli in materia di esistenza ed esercizio del diritto di recesso, di cui all'art. 52, comma 1, lettere f) e g), del Codice di consumo, il termine per l'esercizio del diritto di recesso è, rispettivamente, di sessanta o di novanta giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte dell'utente, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto" (comma 5).

Si osservi come l'impianto complessivo derivante dalle norme del Codice del Consumo e della Del. 664/06/CONS distingue il piano puramente contrattuale, dove le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento degli obblighi informativi da parte del gestore si ripercuotono all'interno del rapporto stesso con l'ampliamento dei termini per l'esercizio del recesso da 10 a 90 giorni; di conseguenza, l'operatore che attivi il servizio prima (o in assenza) di conferma del contratto per iscritto - specie nei casi in cui l'attivazione debba avvenire entro termini cogenti stabiliti da altre disposizioni legislative - deve garantire all'utente la facoltà di recedere in un termine più ampio ma con analoghi effetti ex tunc previsti dall'originario diritto di ripensamento. Restano ferme le misure sanzionatorie cui l'operatore può andare incontro per il mancato assolvimento dei succitati oneri informativi.

Quando invece si transita dal piano contrattuale a quello contenzioso, mediante attivazione del procedimento ex Delibera 173/07/CONS, l'onere probatorio gravante sul gestore e relativo alla

valida conclusione del contratto, è assolvibile esclusivamente con la prova dell'invio della documentazione contrattuale al domicilio dell'utente, non risultando più sufficiente l'ordinazione vocale.

Nella fattispecie, Vodafone non ha fornito la prova di avere assolto agli oneri informativi sopra ricordati, o di avere inviato la conferma del contratto per iscritto: il modulo "Proposta di Abbonamento" – che, peraltro, reca la data del 20.3.2012 ed è privo di sottoscrizione – prodotto da Vodafone, è stato contestato dall'utente, che ha affermato di non averlo mai ricevuto.

In ragione di ciò, si deve concludere che l'utente abbia tempestivamente quanto ritualmente esercitato il diritto di ripensamento mediante invio della raccomandata a.r. 28.3.2012, ricevuta da Vodafone il 3.4.2012, a seguito della quale Vodafone non avrebbe dovuto procedere con l'importazione dell'utenza e l'attivazione dei servizi.

La conseguenza che deriva dal legittimo esercizio del diritto di ripensamento è, in linea teorica, il diritto dell'utente al rimborso delle somme da questi eventualmente pagate, ovvero lo storno di quelle addebitate, a titolo di corrispettivo per i servizi resi: in pratica, nella fattispecie che ci occupa, l'utente non ha diritto ad alcun rimborso, peraltro neppure richiesto, non avendo provveduto al pagamento delle fatture via via emesse da Vodafone, puntualmente contestate dall'utente ed infine integralmente stornate dal gestore.

Quanto all'indennizzo richiesto dall'utente ex art. 8 allegato A alla Delibera 73/11/CONS per l'"attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti", nessun obbligo indennizzatorio può essere posto a carico del gestore telefonico posto che, in tale caso specifico, non è configurabile la fattispecie della "Fornitura di prestazioni non richieste" di cui all'art.3 comma 1 della Delibera n.664/06/CONS, che la esclude in presenza di una "previa ordinazione vocale". Infatti, nonostante Vodafone non abbia prodotto la registrazione vocale di prestazione del consenso del 14.3.2012 - benchè espressamente richiesta dal Corecom Lazio con la nota di avvio del procedimento – la registrazione vocale è espressamente ammessa dall'utente, che non contesta l'attivazione non richiesta dei servizi, bensì la mancata lavorazione del diritto di ripensamento e l'attivazione dei servizi nonostante il ripensamento tempestivamente manifestato.

Pertanto, non integrandosi gli estremi della prestazione non richiesta, non sono applicabili gli indennizzi previsti dalla Delibera n.173/07/CONS e dall'art. 8 di cui all'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, cui pure l'art.6, comma 1 della Delibera 664/06/CONS rinvia per la risoluzione stragiudiziale di questo tipo di controversie.

2.2.2. Sulla omessa portabilità da Vodafone verso Fastweb.

L'utente ha altresì dedotto la responsabilità di Vodafone nella omessa portabilità verso Fastweb, a seguito di contratto concluso con quest'ultimo gestore il 19.4.2012.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere alla valutazione di merito della condotta tenuta da Vodafone 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, 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.

Dalle deduzioni delle parti, nonché dalla documentazione versata in atti dalle parti e, ai fini istruttori, da Fastweb, è emerso che Vodafone, dopo aver ricevuto la comunicazione di ripensamento dell'utente il 3.4.2012, contattava l'utente e, appresa la volontà di questo di migrare verso altro operatore mantenendo la medesima numerazione, non cessava il contratto per consentire all'utente di ottenere la portabilità verso altro OLO, mantenendo la medesima numerazione: l'utente non smentisce di avere sostanzialmente rinunciato al ripensamento, ma contesta unicamente di esservi stato "indotto" da Vodafone; Vodafone ha poi dedotto che Fastweb non ha ultimato la prima procedura di migrazione avviata il 23.4.2012, lasciando aperta la relativa stringa; in proposito, Fastweb ha dedotto che Vodafone espletava correttamente la richiesta in Fase 2, ottenendo tuttavia la bocciatura in Fase 3 da Telecom (7.5.2012) con causale "altro ordine in corso per la stessa utenza". alcuna responsabilità è pertanto imputabile a Vodafone per il mancato buon esito del primo tentativo di migrazione con portabilità.

Sulla seconda richiesta di migrazione, processata da Fastweb il 24.5.2012, sia Fastweb che Vodafone ne hanno dedotto la bocciatura in fase 2 da parte di Vodafone con causale "cliente in

cessazione o già cessato”: tuttavia Vodafone, ha attribuito la bocciatura a responsabilità di Fastweb per non aver chiuso la precedente procedura di migrazione, che risultava ancora pendente; Vodafone “ha quindi posto in scarto la prima procedura lasciata negligenzemente aperta da Fastweb, onde consentire l’avvio di una nuova procedura”, ma “nessuna ulteriore richiesta è giunta a Vodafone da Fastweb o da altro OLO”. In proposito occorre rilevare che qualora corrispondesse al vero la circostanza dedotta da Vodafone circa la mancata chiusura della precedente richiesta da parte di Fastweb, la causale di scarto avrebbe dovuto essere “altro ordine in corso per la stessa utenza” e non “cliente in cessazione o già cessato” che significa invece che Vodafone aveva posto in cessazione la posizione dell’utente, contrariamente agli accordi intercorsi con l’utente stesso di mantenere attiva la numerazione per consentirne l’importazione da parte di un OLO alternativo, e contrariamente financo alla comunicazione del 31.8.2012 con cui Vodafone, in risposta al reclamo del 16.8.2012, informava l’utente che la numerazione era ancora attiva.

Vodafone è pertanto tenuta al pagamento dell’indennizzo previsto dall’art. 6, comma 1, allegato A alla Delibera 73/11/CONS dal 24.5.2012 al 25.7.2012 (data di attivazione della nuova numerazione con Fastweb, resasi necessaria proprio a causa della causale di bocciatura della seconda richiesta di migrazione); l’indennizzo complessivamente dovuto è pertanto pari ad Euro 310,00.

2.2.3. Sulla perdita della numerazione.

L’utente ha chiesto la condanna di Vodafone all’indennizzo previsto dall’art. 9 allegato A alla Delibera 73/11/CONS per la perdita della numerazione, per complessivi Euro 900,00 corrispondenti a 9 anni di precedente utilizzo della numerazione, dal 2003 (come da copia della comunicazione di attivazione di Telecom prodotta dall’utente) al 2012.

Vodafone deve infatti essere dichiarata responsabile della perdita della numerazione, avendo posto in scarto (bocciatura) la seconda richiesta di migrazione con portabilità del numero processata da Fastweb il 24.5.2012 con causale “cliente in cessazione o già cessato”, ingenerando in Fastweb e nell’utente stesso la convinzione che la numerazione non fosse più attiva e pertanto “importabile” presso il nuovo gestore, ed inducendo conseguentemente Fastweb a rinunciare a riprocessare ulteriori ordini di migrazione e l’utente a chiedere a Fastweb l’attivazione di una nuova numerazione; la comunicazione del 31.8.2012 con cui Vodafone informa l’utente che la numerazione era ancora attiva è del tutto tardiva (oltre che in palese contrasto con la causale di scarto “cliente in cessazione o già cessato”) posto che, a quella data, l’utente aveva già ottenuto (25.7.2012) l’attivazione della nuova numerazione da parte di Fastweb, con conseguente perdita di interesse alla migrazione con portabilità.

L’utente ha pertanto diritto all’indennizzo richiesto, per complessivi Euro 900,00.

2.2.4. Sulla mancata risposta ai reclami.

L’utente ha chiesto la condanna di Vodafone all’indennizzo previsto dall’art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS per la mancata risposta ai reclami inoltrati tramite call center e mediante comunicazioni scritte.

Rileva, in proposito, il disposto dell’articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo

deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, 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.

I reclami inoltrati dall'utente avevano ad oggetto la contestazione della valida conclusione del contratto, la richiesta di copia della registrazione vocale del 14.3.2012, la contestazione dell'avvio della procedura di migrazione nonostante il ripensamento dell'utente più volte manifestato, la mancata lavorazione del ripensamento e/o del recesso, l'emissione di fatture ritenute non dovute dall'utente. Solo alcuni dei reclami dell'utente sono stati riscontrati da Vodafone, e segnatamente, dopo innumerevoli solleciti, quelli relativi alle contestazioni delle fatture che sono infine state integralmente stornate, seppure con notevole ritardo. Vodafone non ha invece mai riscontrato i reclami relativi alla valida conclusione del contratto, alla richiesta di copia della registrazione vocale del 14.3.2012, alla contestazione dell'avvio della procedura di migrazione nonostante il ripensamento dell'utente più volte manifestato, e alla mancata lavorazione del ripensamento e/o del recesso, se non con tardiva comunicazione scritta del 31.8.2012 con cui, per la prima volta, prende in considerazione il ripensamento/recesso esercitato dall'utente e ricevuto dal gestore il 3.4.2012, chiedendogli se intende disattivare l'utenza, con conseguente perdita della numerazione, ovvero rientrare presso il gestore di provenienza o verso altro OLO, senza tuttavia prendere posizione sui motivi del reclamo.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta ai reclami inoltrati dall'utente, ovvero la risposta tardiva agli stessi o il loro sostanziale rigetto, e da cui è derivata per l'utente una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP.

Per la determinazione dell'indennizzo, considerato l'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Del. nn. 32/12/CIR, 97/12/CIR, 101/12/CIR), ai sensi dell'art. 11, comma 1 e comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerata la data del primo reclamo del 22.3.2012, detratto il tempo utile alla risposta (45 giorni), e il lasso di tempo intercorso fino alla risposta del 31.8.2012, nella fattispecie viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 300,00.

3. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 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 del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, nonché della mancata comparizione di Vodafone all'udienza di definizione, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 200,00 a titolo di rimborso spese della intera procedura.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dalla sig.ra A. M. nei confronti dell'operatore VODAFONE OMNITEL ■ sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 200,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento parziale, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla sig.ra A. M. in data 23.04.2013.

La società VODAFONE OMNITEL ■ è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 310,00= (trecentodieci/00=) ex art. 6, comma 1, allegato A alla Delibera 73/11/CONS, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 900,00= (novecento/00=) ex art. 9 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- c) Euro 300,00= (trecento/00=) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- d) Euro 200,00= (duecento/00=) a titolo di rimborso delle spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom Lazio.

Roma, 4 novembre 2014

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto