

DELIBERA DL/083/15/CRL/UD del 6 maggio 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx ZANETTI / VODAFONE OMNITEL xxx

(LAZIO/D/543/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 6 maggio 2015;

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 dell’utente xxx Zanetti presentata in data 26.06.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

L’utente, nell’istanza di definizione e nella memoria difensiva, ha lamentato:

- i. Il 22.09.2012 aderiva ad un’offerta Vodafone per i servizi voce e adsl già attivi su utenza fissa Wind, di cui chiedeva la contestuale migrazione con portabilità;
- ii. La migrazione con portabilità del numero fisso non andava a buon fine;

- iii. Successivamente Vodafone attivava una numerazione provvisoria su sim mobile per i servizi voce e adsl che, a far data dal 15.9.2013, subivano la completa interruzione;

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- a. L'indennizzo per la mancata attivazione dei servizi su utenza fissa da migrare;
- b. L'indennizzo per perdita della numerazione fissa detenuta da 6 anni;
- c. L'indennizzo per l'interruzione del servizio su sim mobile;
- d. Lo storno della fatt. n. AC14399566 del 13.10.2012;
- e. Il risarcimento del danno subito alla propria attività professionale di architetto.

2. La posizione dell'operatore Vodafone.

Vodafone ha dedotto:

- i. L'inammissibilità della domanda di risarcimento del danno;
- ii. Di avere ricevuto nn. 2 KO tecnici da parte del donating Wind, rispettivamente in data 29.11.2012 (per "*superamento limite massimo consentito capacità produttiva*") e il 30.11.2012 (per "*cliente in cessazione o cessato*");
- iii. Di avere quindi proceduto con l'attivazione di una numerazione provvisoria, al fine di garantire al cliente la continuità del servizio; tale numerazione provvisoria veniva cessata il 7.11.2013 per morosità dell'utente;
- iv. L'utenza de qua presentava infine un insoluto di Euro 74,02.

Vodafone concludeva pertanto per l'infondatezza dell'istanza di definizione e per il suo rigetto.

3. La posizione dell'operatore Wind, a fini istruttori.

Wind ha dedotto, ai soli fini istruttori ex art. 18 Regolamento di cui alla Delibera n. 173/07/CONS, che in data 26.9.2012 perveniva richiesta di migrazione da parte del recipient Vodafone, positivamente espletata da Telecom Italia il 15.10.2012 a seguito di riscontro positivo reso da Wind in fase 2.

4. Motivazione della decisione.

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.

La domanda risarcitoria proposta dall'utente è stata da questi rinunciata in sede di memoria difensiva, con riserva di farla eventualmente valere dinanzi all'Autorità Giudiziaria ordinaria.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere accolte nei limiti e termini di seguito specificati.

4.1. Sull'interruzione del servizio su utenza mobile

L'utente ha dedotto l'interruzione dei servizi voce e adsl, attivati da Vodafone su utenza mobile a seguito del mancato espletamento della procedura di portabilità dell'utenza fissa, a far data dal 15.9.2013.

Vodafone non ha contestato la predetta interruzione, limitandosi a contestare il periodo in base al quale commisurare l'indennizzo richiesto dall'utente.

Ciò premesso, 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), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Vodafone non ha fornito la prova della erogazione regolare, continua e senza interruzioni dei servizi voce e adsl attivi su sim mobile, né che l'interruzione del servizio sia dipesa da causa ad essa non imputabile ex art. 1218 c.c., con conseguente diritto dell'utente a vedersi corrispondere l'indennizzo previsto dall'art. 4, comma 1 di cui all'Allegato A alla Delibera 73/11/CONS dalla data della dedotta interruzione (15.9.2013) alla data di proposizione dell'istanza di definizione (26.6.2014), non avendo Vodafone provato di avere riattivato l'utenza, neppure a seguito dell'ultimo reclamo scritto dell'utente del 5.2.2014; né appare equo limitare l'indennizzo alla data del 7.11.2013 di asserita disattivazione della sim per morosità dell'utente che, sarà stata, presumibilmente, preceduta da una sospensione per la quale però non consta alcun preavviso; né risulta alcuna comunicazione di risoluzione contrattuale da parte di Vodafone che, almeno a seguito del reclamo del 5.2.2014, avrebbe quantomeno dovuto informare l'utente dell'avvenuta disattivazione della sim.

occorre tuttavia considerare che prima del reclamo del 5.2.2014, proposto a ridosso dell'introduzione del procedimento di conciliazione, l'utente, sospeso/disattivato senza alcuna

comunicazione da parte del gestore, non deduce di aver svolto reclami, né telefonici né scritti, destinati ad ottenere il ripristino del servizio o a conoscere quantomeno le motivazioni della sospensione; ciò anche a fronte delle argomentazioni introdotte solo col predetto reclamo e con il successivo contenzioso, circa la promessa di gratuità del servizio provvisorio, asseritamente venuta meno. Ricevendo le fatture, sarebbe stato ragionevole contestarne gli importi, ove ritenuti non dovuti, nonché l'illegittimità dello stato di morosità. Né, a fronte del disagio patito, è stato attivato alcun procedimento volto ad ottenere in via d'urgenza la riattivazione del servizio.

La condotta dell'utente è pertanto circostanza rilevante ai fini dell'applicazione dell'art.1227 c.c. e di essa occorre tenere conto nella quantificazione dell'indennizzo.

L'utente ha pertanto diritto all'indennizzo ai sensi dell'art. 4, comma 1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS per la sospensione non preavvisata dei servizi attivi su utenza provvisoria, dal 15.9.2013 al 26.6.2014, per complessivi Euro 4.260,00 che, in considerazione dell'art. 1227 c.c., appare congruo ed equo ridurre al 50%, riconoscendosi così all'utente l'indennizzo complessivo di Euro 2.130,00.

4.2. Sull'utenza fissa.

Quanto alla migrazione con portabilità dell'utenza fissa, si osserva quanto segue.

Con la complessa normativa regolamentare relativa alla procedura c.d. "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, 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.

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.

Vodafone ha dedotto di avere ricevuto 2 KO tecnici da parte del donating Wind, rispettivamente in data 29.11.2012 (per "*superamento limite massimo consentito capacità produttiva*") e il 30.11.2012 (per "*cliente in cessazione o cessato*"): a supporto probatorio di tali dichiarazioni, non ha prodotto le relative schermate estratte dal proprio sistema di dialogo certificato tra operatori, bensì ha affermato di riprodurre, nel corpo della propria memoria difensiva, alcune "schermate" tuttavia prive di qualsivoglia intestazione, dalla dubbia efficacia probatoria.

Wind, dal canto suo, ha prodotto copia delle predette schermate del proprio sistema di dialogo, deducendo che a fronte dell'ordinativo di rilascio Vodafone inserito a sistema il 26.09.2012, Telecom Italia espletava la richiesta il 15.10.2012; conseguentemente, a decorrere da tale data, la linea fissa era fisicamente nella disponibilità di Vodafone, unica responsabile della mancata attivazione dei servizi su linea fissa.

Ad abundantiam si rileva che Vodafone, a fronte delle bocciature asseritamente ricevute da Wind il 29.11.2013 ed il 30.11.2013, avrebbe comunque dovuto informare l'utente delle difficoltà tecniche incontrate nell'espletamento della procedura, ai sensi dell'art. 3, commi 2 e 3 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, non appena venuta a conoscenza dell'impedimento tecnico (soprattutto quello riferito ad utente "cessato in cessazione" sul quale un'interlocuzione sarebbe stata necessaria): nulla ha dedotto in proposito Vodafone, che si è limitata a dedurre di avere attivato una linea provvisoria (senza specificare se fissa o mobile e, stante le deduzioni dell'utente e le copie delle fatture Vodafone in atti, deve ritenersi che la predetta attivazione abbia avuto ad oggetto la linea mobile di cui al precedente punto 4.1).

L'utente ha pertanto diritto all'indennizzo previsto dall'art. 6, comma 2 e 5, comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, per la mancata attivazione dei servizi a seguito di procedura di portabilità, dal 22.10.2012 (già computato il termine massimo per l'attivazione) al 26.6.2014 (data dell'istanza di definizione) per Euro 6.120,00 che, in considerazione dell'art. 1227 c.c., appare congruo ed equo ridurre al 50%, riconoscendosi così all'utente l'indennizzo complessivo di Euro 3.060,00.

Non può essere accolta la richiesta dell'utente di estendere il periodo indennizzabile alla data del deposito delle memorie, in quanto la scelta compiuta con l'istanza di definizione di affidare la

valutazione della fondatezza della pretesa ad un terzo, sospende, per il tempo necessario al procedimento, ogni addebito nei confronti della controparte, il cui mancato assolvimento spontaneo in pendenza di procedura definitiva, non sarebbe, all'esito della stessa, ragionevolmente sanzionabile. Analoghe considerazioni debbono, ovviamente, intendersi riferite anche all'inadempimento di cui al par. precedente.

Deve invece rigettarsi la domanda di storno integrale della fattura n. AC14399566 del 13.10.2012, contenente i costi relativi all'utenza mobile, effettivamente attivata da Vodafone come dichiarato dallo stesso utente, e non essendovi prova che tra le parti fosse intercorsa la pattuizione di gratuità dedotta dall'utente, né dell'eventuale durata.

Deve altresì essere rigettata la domanda di pagamento di un indennizzo per perdita della numerazione fissa, posto che l'utente non ha fornito la prova del numero di anni di precedente titolarità.

5. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

** ** * ** * ** *

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di xxx ZANETTI nei confronti della società VODAFONE OMNITEL xxx.

2. La società VODAFONE OMNITEL xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- i.** euro 2.130,00= (duemila centotrenta/00=), a titolo di indennizzo ex art. 4, comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
- ii.** euro 3.060,00= (tremila sessanta/50=), a titolo di indennizzo ex artt 6.2 e 5.1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

3. La società VODAFONE OMNITEL 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).

Roma, li 6 maggio 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto