

DELIBERA DL/205/15/CRL/UD del 18 dicembre 2015
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
ALE & SIL xxx /VODAFONE ITALIA xxx E FASTWEB xxx.
(LAZIO/D/195/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 18 dicembre 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 del 1 agosto 2003 n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTO l’Accordo Quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16/12/2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, recante “ *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito, “*Regolamento*”;

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011, recante “ *Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”;

VISTA l’istanza dell’utente società Ale & Sil xxx presentata in data 9 marzo 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato, nei confronti di entrambi gli operatori, la mancata migrazione e il totale isolamento della linea, e la perdita della numerazione.

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

- a) Alla fine di gennaio 2014, l’utente ha stipulato telefonicamente con Vodafone un contratto per la fornitura di servizi voce e internet, con richiesta di portabilità dei numeri da Fastweb;
- b) Dal 13 marzo 2014, le due linee voce ed il servizio pos venivano isolate;
- c) Persistendo il disservizio nonostante i reclami, l’utente aveva attivato un nuovo numero con altro operatore.

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

Indennizzo per interruzione dei servizi

Indennizzo per mancata portabilità

Indennizzo per perdita della numerazione

Spese di procedura

2. La posizione dell'operatore Fastweb

In via preliminare l'operatore ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza laddove contenente domande diverse da quelle avanzate in fase conciliativa. Nel merito, ha contestato la responsabilità, evidenziando che in qualità di Operatore Donating aveva posto in essere tutte le attività necessarie alla migrazione. La richiesta di migrazione era stata bocciata il 29 gennaio 2014 per mancata indicazione di uno dei due numeri configurati per il cliente, ed era andata a buon fine con DAC al 13 marzo 2014, espletata in pari data. I numeri erano stati deconfigurati ed il contratto era stato disattivato il 19 marzo 2014. Deduceva poi di aver riscontrato il reclamo dell'utente del 29 luglio 2014 con e mail del 31 luglio 2014.

3. La posizione dell'operatore Vodafone

In via preliminare l'operatore ha eccepito l'inammissibilità/improcedibilità del procedimento, in quanto l'utente Vodafone risultava essere il sig. xxx Alivernini, con codice consumer 1.237431, e non la società Ale & Sil. Nel merito, evidenziata la mancanza di prove a sostegno delle date di inizio e di fine del disservizio, nonché la genericità delle domande, ha contestato la responsabilità, avendo svolto tutte le attività a lui richieste quale Operatore Recipient. Ha precisato che l'importazione di una delle due utenze (n. XXXXX48653) era andata a buon fine, mentre la seconda (n. XXXXX48652) non era migrata su rete Vodafone a causa del mancato rilascio da parte del Donating. Alcuna responsabilità era dunque a lui imputabile, neppure per la perdita della numerazione. Ha infine precisato che l'utente è disattivo e che non risultano insoluti.

4. Motivazione della decisione

Preliminarmente, vengono rigettate le domande dell'utente con riferimento alla numerazione XXXXX48653, perché inammissibili per le seguenti ragioni.

La prima è che nel modello UG, nella descrizione dei fatti e delle richieste richiamata nell'UG e nel reclamo del 29 luglio 2014, l'istante fa sempre riferimento all'utenza n. XXXXX48652, lamentandone la mancata migrazione e l'interruzione. Solo nell'istanza di definizione, l'oggetto della controversia viene esteso alla numerazione XXXXX48653. Con riferimento a tale numerazione, quindi, le domande devono considerarsi nuove, non essendo state oggetto del precedente tentativo di conciliazione.

Peraltro, dalla fattura n. AE11256831 prodotta da Vodafone risulta che l'utenza n. XXXXX48653 era oggetto di un contratto intestato al sig. xxx Alivernini, risoltosi per recesso anticipato il 28 luglio 2014. Né l'istante Ale & Sil ha provato in alcun modo la titolarità del numero.

Da qui l'ulteriore motivo di inammissibilità delle domande svolte da Ale & Sil con riferimento all'utenza n. XXXXX48653.

Seppure fondata con riferimento alla numerazione n. XXXXX48653, viene rigettata l'eccezione sollevata dall'operatore Vodafone di inammissibilità/improcedibilità del procedimento per difetto di legittimazione attiva della società istante con riferimento alla numerazione n. XXXXX48652, per la seguente ragione.

A sostegno dell'eccezione, Vodafone produce la fattura n. AE11256831 per corrispettivi per recesso anticipato nella quale è indicato intestatario del contratto il sig. xxx Alivernini. Non produce né la copia del contratto sottoscritto dall'utente, né la registrazione vocale del contratto concluso telefonicamente dall'istante.

In mancanza di tali documenti, la sola fattura prodotta non è sufficiente a dimostrare che anche la numerazione n. XXXXX48652 fosse oggetto del contratto stipulato dal sig. Alivernini in proprio, anziché dalla società Ale & Sil, in quanto i dettagli e i riepiloghi condizioni e costi dei piani telefonici allegati attengono ad utenze fisse (n. XXXXX69295, XXXXX48653, XXXXX71551) e mobili (n. XXXXX41007) diverse da quella oggetto del disservizio lamentato dalla società istante. Peraltro, si ripete, la fattura prova un esercitato recesso anticipato da un contratto del 28 luglio 2014, recesso che, ove avesse riguardato anche il n. XXXXX48652, sarebbe stato in evidente contrasto con la volontà manifestata nel reclamo del 29 luglio 2014 di riattivazione della linea n. XXXXX48652.

Con riferimento a tale numerazione, deve pertanto ritenersi sussistere la legittimazione ad agire della società istante.

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

4.1. Sulla mancata migrazione e sulla cessazione dei servizi

L'istante lamenta la mancata migrazione dei servizi da Fastweb, e la loro completa cessazione, chiedendo la liquidazione di un indennizzo a carico degli operatori Fastweb e Vodafone ciascuno per le rispettive responsabilità.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere una sintetica descrizione del quadro normativo e regolamentare in materia di attivazione/migrazione della telefonia fissa, evidenziando gli aspetti di maggior rilievo in un'ottica di tutela del consumatore.

La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore.

In particolare, assume rilevanza al riguardo il disposto dell'articolo 1, comma 3, della predetta legge, secondo cui “[i] contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni”.

A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'AGCOM, avviata con la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, recante “Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso”, che prevede misure “a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3 della legge 2 aprile 2007 n. 40”.

Specificamente, la delibera 274/07/CONS introduce una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi. In particolare, l'articolo 17 detta alcuni principi di carattere generale relativi alle procedure di migrazione/attivazione, stabilendo al comma 2 che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale e al comma 12 che le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori e che non sono ammesse causali generiche che non individuino l'effettivo problema riscontrato. A tal fine, le modalità di gestione dei servizi di accesso prevedono procedure di consegna del servizio a data certa, indicata dal recipient (c.d. D.A.C. data di attesa consegna) in fase di invio dell'ordine sulla base delle indicazioni del cliente.

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.

Venendo al caso che ci occupa, è opportuno riepilogare ciò che si evince dalla documentazione in atti e dalle difese svolte dagli operatori.

Dalle schermate Eureka prodotte da Fastweb risulta che la prima richiesta di migrazione del 29 gennaio 2014 venne da Fastweb bocciata in Fase 2, per Tec/Com NOK, con causale rifiuto 1 e codice rifiuto 10, ovvero per incompletezza dei DN associati all'accesso. La seconda richiesta di migrazione del 21 febbraio 2014 ricevette da Fastweb un Formal OK con DAC al 13 marzo 2014. Nella schermata Dati Ricevuti compare unicamente il Directory Number 1 n. XXXXX48653, con data notifica 13 marzo 2014. Dichiara Fastweb di aver deconfigurato i numeri il 19 marzo 2014.

Dal canto suo, Vodafone deduce di aver correttamente avviato la procedura di importazione da Fastweb e che la numerazione XXXXX48652 non è migrata per il mancato rilascio da parte del Donating Fastweb. Non produce tuttavia alcun documento o schermata del proprio sistema informatico a dimostrazione dell'asserita correttezza delle operazioni compiute, non potendo attribuirsi alcun valore probatorio alla riproduzione, nel corpo della difesa, della stringa di una schermata, dalla quale non è dato evincere alcun elemento utile in ordine alla migrazione dell'utenza n. XXXXX48652.

Da tutto quanto sopra, si conclude quanto segue.

Alcuna responsabilità nella procedura di migrazione è imputabile all'operatore Fastweb, che, come Operatore Donating, ha svolto le attività di sua competenza nella procedura, dapprima bocciando la richiesta per una legittima causale di scarto, in seguito validandola all'esito positivo delle verifiche formali e gestionali.

Al contrario, sussiste la responsabilità di Vodafone Operatore Recipient, che non ha provato di aver trasmesso alla divisione rete di Telecom Italia la richiesta di attivazione della risorsa e del numero XXXXX48652 da migrare, nella Fase 3 della procedura. Peraltro, nella schermata Dati Ricevuti del sistema informatico di Fastweb risulta notificato in data 13 marzo 2014 unicamente il Directory Number 1 n. XXXXX48653.

Ne discende che la mancata migrazione del n. XXXXX48652 e la sua conseguente interruzione/cessazione è da imputarsi alla condotta tenuta da Vodafone che, in qualità di Operatore Recipient, non ha dimostrato di aver correttamente posto in essere tutti gli adempimenti tecnici e formali indispensabili per il buon fine della procedura.

Spetta dunque all'utente la liquidazione di un indennizzo per la mancata portabilità del numero XXXXX48652 e per la cessazione del solo servizio voce, avendo l'istante espressamente dichiarato nell'istanza di definizione che su tale linea insisteva unicamente tale servizio.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo, occorre tuttavia valutare anche la condotta tenuta dall'utente, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 c.c., per avere colposamente concorso a cagionare il danno ovvero per non essersi tempestivamente attivato per ridurre o limitarne gli effetti.

Il creditore è infatti gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato.

Sorge pertanto la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP, ed al principio di equità stabilito nell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche - di dover prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti: circostanza che si verificherebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto opportuno ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 (*"Codice delle Comunicazioni Elettroniche"*) cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico " (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede.

In quest'ottica, assumono particolare rilievo il fatto che l'utente non ha dedotto o circostanziato di aver svolto solleciti o reclami telefonici subito dopo il verificarsi del disservizio, il fatto che ha reclamato il problema per iscritto solo a distanza di oltre quattro mesi, il fatto che non ha neppure avviato la procedura d'urgenza per l'immediata riattivazione.

In considerazione di tale condotta ed in applicazione dei principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto ed anche dell'art.1227 del c.c., si ritiene equo e proporzionale liquidare l'indennizzo dovuto nella misura del 50%, e quindi pari ad Euro 1.375,00, così determinato:

- Per il periodo dal 28 febbraio 2014 (considerato il tempo previsto per la migrazione a partire dal 29 gennaio 2014, data della prima richiesta inoltrata a Fastweb) al 13 marzo 2014 (data di notifica dell'espletata migrazione del solo altro numero), ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 6.1 e 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, Euro 130,00:2= Euro 65,00
- Per il periodo dal 13 marzo 2014 (data di inizio del disservizio lamentato dall'utente) al 30 novembre 2014 (data di attivazione di un nuovo numero indicata dall'utente), ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 5.1 (come richiamato dall'art. 6.2) e 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, un indennizzo di Euro 2.620,00:2 = 1.310,00

4. 2. Sulla perdita della numerazione

L'istante lamenta la perdita della numerazione, di cui era titolare dal 2011, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

Considerato quanto sopra esposto in ordine alla responsabilità di Vodafone per la mancata portabilità del numero, che ha comportato la perdita della numerazione, la domanda viene accolta, con conseguente diritto dell'istante alla liquidazione di un indennizzo per i quattro anni di precedente utilizzo 2011-2014 (anno di cessazione del numero).

Tuttavia, per le ragioni esposte al precedente paragrafo 1), considerata la condotta dell'utente ed in applicazione dei principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto ed anche dell'art.1227 del c.c., si ritiene equo e proporzionale liquidare l'indennizzo dovuto nella misura del 50%, e quindi, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, 9 e 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un indennizzo di Euro 800,00.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, l'importo di Euro 100,00 (cento/00), tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della Ale & Sil xxx nei confronti della società Vodafone Italia xxx, rigettando le domande svolte nei confronti dell'operatore Fastweb xxx.
2. La società Vodafone Italia xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura:
 - a)) l'importo di Euro 65,00 (sessantacinque/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 6.1 e 12.2 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza
 - b) l'importo di Euro 1.310,00 (milletrecentodieci/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 5.1 e 12.2 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - c) l'importo di Euro 800,00 (ottocento/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2, 9 e 12.2 allegato A alla delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
4. La società Vodafone Italia 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.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.
6. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, 18 dicembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto