

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

L. EGIDI / VODAFONE ITALIA XXX / WIND TELECOMUNICAZIONI XXX

(LAZIO/D/823/2015)

Registro Corecom n. 38/2016

IL DIRIGENTE

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 L. Egidi del 28.9.2015 ;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

L’utente, per il tramite dell’Associazione Mondoconsumatori, ha lamentato nei confronti degli operatori Vodafone e Wind la mancata portabilità da Wind a Vodafone-Teletu e successivamente da Vodafone a Wind, con concomitante interruzione dei servizi e con indebita fatturazione dei due gestori per servizi non resi; la mancata risposta ai reclami.

In particolare l’istante ha dedotto quanto segue.

- i. In data 2.3.2014 stipulava un contratto Vodafone per il passaggio della linea da Wind con la promozione Tutto per Te;
- ii. Il giorno seguente alla stipula, il 26.5.2014, avveniva il distacco totale di entrambi i servizi voce e adsl da parte di Wind; i reclami telefonici ad entrambi i gestori non sortivano alcun effetto;
- iii. a causa della mancata portabilità del numero e della mancanza di linea, il 6.7.2015 richiedeva il codice di migrazione ma anche dopo il passaggio in Wind, la situazione di isolamento proseguiva per altri 15-16 giorni;

- iv. Vodafone emetteva fattura 23733476450 di Euro 62,42 con scadenza 19.9.2014, riferita al periodo di assenza di linea (25.6.2014-22.7.2014); anche Wind emetteva fatturazione ingiustificata: n.7913784696 di Euro 109,25 riferita al periodo 1.6.2014-31.7.2014, di assenza di servizi;

Alla luce di tali premesse, l'utente ha richiesto i seguenti indennizzi:

- a) Ritardata attivazione dei servizi sulla linea telefonica ex art.3 Allegato A alla delibera 73/11/CONS dal 26.5.2014 al 22.7.2014 per 58 gg per Euro 870,00;
- b) Sospensione dei servizi voce e adsl ex art.4 Allegato A alla delibera 73/11/CONS dal 26.5.2014 al 22.7.2014 per 58 gg per Euro 870,00;
- c) Omessa portabilità del numero ex art.6 Allegato A alla delibera 73/11/CONS dal 26.5.2014 al 22.7.2014 per 58 gg per Euro 580,00;
- d) Attivazione di servizi principali non richiesti dal 6.7.2014 al 22.7.2014 da parte di Vodafone per 41 gg per Euro 410,00;
- e) Attivazione di servizi principali non richiesti dal 26.5.2014 al 6.7.2014 da parte di Wind per 16 gg per Euro 160,00;
- f) Storno/rimborso/ricalcolo di tutta la fatturazione;
- g) mancata risposta al reclamo dal 26.5.2014 al 28.9.2015 per Euro 300,00 a carico di ciascun gestore

Oltre spese di procedura

2. La posizione dell'operatore Vodafone.

Vodafone eccepiva preliminarmente l'inammissibilità dell'istanza per non essere la stessa redatta in maniera chiara e sintetica in violazione dell'art.16, comma 2 bis della delibera n.173/07/CONS; deduceva nel merito che non sussistevano elementi di prova a sostegno di quanto dedotto circa le responsabilità di Vodafone per omessa portabilità e per i disservizi lamentati nel periodo 26.5.2014-22.7.2014.

Infatti Vodafone aveva tempestivamente adempiuto alla portabilità richiesta, processo concluso con l'importazione della risorsa sulla propria rete il 26.6.2014 come da schermata di sistema allegata; prima di tale data, nessuna responsabilità per asseriti disservizi poteva essere imputata a Vodafone-Teletu, in quanto la linea non era ancora nella propria gestione; dalla medesima schermata risultava pure che la risorsa era nuovamente passata in Wind.

Pertanto il periodo di permanenza in Vodafone-Teletu era limitato a 26 giorni, ma le deduzioni sul periodo interessato dal disservizio erano state formulate in modo del tutto incerto e generico, tale da non essere ricostruibile nemmeno la data di inizio e fine disservizio, ribadendo che l'operatore aveva compiuto quanto di spettanza per l'erogazione dei servizi.

Quanto agli indennizzi richiesti, rilevava non essersi verificato alcun ritardo nell'espletamento della migrazione, conclusa il 26.6.2014 e richiesta nello stesso mese di giugno e che dell'asserito contratto sottoscritto il 2.3.2014, non era stata fornita alcuna prova dall'istante.

Conseguentemente non trova giustificazione la domanda per l'omessa portabilità, posto che la stessa era avvenuta per ben due volte, da Wind a Vodafone prima (26.6.2014) e da Vodafone a Wind poi (22.7.2014).

Parimenti infondata era la richiesta per attivazione di servizi non richiesti ex art.8 poiché i servizi erano stati regolarmente attivati in virtù di un contratto.

Concludeva per il rigetto precisando che l'utente era disattivo e presentava un insoluto di Euro 62,42.

3. La posizione dell'operatore Wind

Wind rappresentava quanto segue.

Dai sistemi risulta che Wind riceveva ordine da Vodafone-Teletu impartito il 28.5.2015 che si risolveva positivamente in fase 2 e con successiva fase 3 conclusa il 25.6.2014, come da schermate depositate.

Il successivo 6.7.2015, impartiva ordine di migrazione verso Vodafone Donating che si completava positivamente il 22.7.2014.

Il 25.7.2014 il cliente contattava il servizio clienti per "linea muta"; aperto il guasto con Telecom Italia, il ticket veniva risolto il 28.7.2014.

Per quanto riguarda invece il dedotto periodo dal 26.5.2014 al 26.6.2014, nessuna segnalazione di guasto era pervenuta dall'utente.

Allegava dettaglio di traffico dal quale si evinceva la regolare fruizione della linea nei periodi dedotti.

Infine, per quanto concerne il dedotto periodo dal 26.6.2014 al 22.7.2014, la linea era in gestione Vodafone ed in ogni caso non era stato svolto nessun reclamo.

4. Le repliche dell'utente

A fronte della documentazione avversaria, l'utente precisava quanto segue:

- la portabilità, richiesta il 26.5.2014 e conclusa il 26.6.2014, si è svolta con notevole ritardo
- l'allegato n.7 di Wind conferma che dal 25.6.2014 al 25.7.2014 c'è stata assenza di servizi;
- la seconda procedura di portabilità, da Vodafone a Teletu (recte:Wind), si era lo stesso conclusa con ritardo in quanto richiesta il 6.7.2014 ed espletata il 28.7.2014
- dalla data del 26.5.2014, come risulta dalle fatture Wind (allegato 7), si verificavano continui disservizi con poche telefonate e sporadiche connessioni, non in linea con le esigenze familiari di quel frangente;
- per tutto il periodo di disservizio aveva svolto numerosi reclami telefonici dei quali gli operatori si erano ben guardati dal fornirne prova attraverso i loro sistemi.

5. 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.

Viene rigettata la domanda di Vodafone, di inammissibilità delle domande dell'utente perché esposte in violazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti, in quanto l'art.16, comma 2 bis e relative Linee Guida di applicazione, non sanzionano con l'inammissibilità dell'istanza la violazione del principio di sinteticità e chiarezza degli atti, bensì prevedono mere ripercussioni sulla quantificazione delle spese di procedura, indipendenti dall'esito della definizione; nel caso in esame, si rileva tuttavia la fondatezza dell'eccezione, essendo l'istanza, le memorie e le repliche di parte istante esposte in maniera confusa, imprecisa, inutilmente prolissa, con evidente intento defatigatorio per le controparti e lo stesso organo giudicante, costretto a ricostruire la res controversa tra le molte duplicazioni di richieste, anche configgenti fra loro, per i medesimi fatti, e richiami regolamentari inconferenti con la fattispecie oggetto di controversia.

Pertanto, a parte l'applicazione dei previsti criteri per la liquidazione delle spese -sui quali infra- , deve qui considerarsi come unico oggetto di disamina, al netto di tutte le imprecisioni e contraddizioni sulle date di inizio e fine disservizio, il lamentato ritardo con il quale è stata

espletata la portabilità da Wind e Vodafone, nonché il concomitante disservizio di assenza totale dei servizi dal giorno stesso di richiesta della portabilità (26.5.2014) al 22.7.2014 (data di rientro in Wind).

Oltre alla mancata risposta ai reclami.

5.1 Sulla portabilità da Wind a Vodafone e da Vodafone a Wind

Deduce l'utente di aver sottoscritto un contratto con Vodafone il 2.3.2014, salvo poi precisare di aver subito il distacco della linea dal giorno successivo alla stipula, il 26.5.2014; a parte la contraddizione in narrativa, del contratto di marzo, contestato dal gestore, non vi è alcuna prova, onere incombente sull'istante in quanto titolo negoziale fondante la propria pretesa.

Infatti, 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.

Premesso che le schermate dei gestori sono coincidenti nel confermare gli ordini impartiti e le notifiche ricevute sul trasferimento della risorsa dal 28.5.2014 in poi, è l'utente stesso a non coltivare la pretesa portabilità dal marzo 2014, riportando il disservizio nella seguente narrativa e in tutti i successivi scritti, sempre al 26.5.2014.

Ciò premesso, la domanda dell'utente è infondata e pertanto non accoglibile.

La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, all'articolo 1, comma 3, prevede "[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".

La delibera n. 274/07/CONS e s. m. introduce poi 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.

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" *recipient*), 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*.

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, le schermate depositate dai due gestori provano l'ordine di Vodafone impartito in data 28.5.2014, processato positivamente da Wind in fase 2 e migrazione espletata in data 26.6.2014, entro la tempistica prevista per legge. Nessun ritardo nella portabilità si è verificato pertanto a carico di Vodafone Recipient.

Quanto alla portabilità da Vodafone a Wind richiesta dall'utente il 6.7.2014, Vodafone processava positivamente la fase 2, l'11.7.2014 e Wind espletava la procedura il 22.7.2014, anche in questo caso senza alcun ritardo rispetto alla tempistica prevista.

5.2 Sull'interruzione dei servizi

L'utente deduce di aver subito il distacco totale della linea dal 26.5.2014, fino al rientro in Wind del 22.7.2014.

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

Per quanto concerne Vodafone, risulta provato che l'utenza è stata importata sui sistemi in data 26.6.2014, pertanto alcun asserito disservizio è imputabile a Vodafone prima di quella data e dopo il 22.7.2014, data provata di espletamento del rientro in Wind.

Quanto al periodo di gestione Vodafone della linea, non risulta alcuna segnalazione di disservizio da parte dell'utente che si limita a dichiarare di aver reclamato telefonicamente senza fornire alcun riferimento temporale o di numero pratica assegnato che ne consenta il rintracciamento sui sistemi dell'assistenza clienti, secondo quanto previsto dalla regolamentazione in tema di reclami e segnalazioni (Regolamento ex Del 179/03/CSP).

Quanto all'obiezione dell'istante circa la mancata prova da parte dei gestori di tale circostanza, occorre precisare che quello della segnalazione del disservizio al gestore competente all'intervento, è onere che incombe all'istante che lamenta l'inadempimento ("Onus probandi incumbit ei qui dicit" ; nel caso di specie il reclamo/segnalazione) posto che il dante causa deve essere messo nelle condizioni di conoscere l'evento/inadempimento ed adoperarsi così per la sua pronta risoluzione.

Tale basilare principio è confermato dalla consolidata giurisprudenza Agcom sul punto (ex multis n.69/11/CIR) che afferma il principio di irresponsabilità dell'operatore per il disservizio sulla linea, qualora l'utente non provi di aver inoltrato un reclamo all'operatore che, in assenza di contezza del guasto, non può provvedere alla sua risoluzione.

Nella fattispecie in esame inoltre, è depositato un reclamo a Vodafone del 6.9.2014, il cui oggetto è la contestazione di una fattura per il periodo di non fruizione dei servizi, quindi svolto ad una data in cui l'utente era già rientrato in Wind, per cui Vodafone è stata messa a conoscenza del disservizio solo mesi dopo il presunto verificarsi dello stesso.

Quanto ai dedotti periodi di disservizio ricadenti nella gestione Wind, sempre in assenza di reclami dedotti dall'utente, l'operatore ha fornito prova, tramite schermata del servizio clienti, di aver ricevuto una segnalazione di "linea muta" il 25.7.2014, ore 11.30, all'indomani del rientro, e di aver risolto il problema a seguito dell'intervento di Telecom Italia il 28. 7..2014, nonché di aver contattato l'utente.

Tale guasto non è stato dedotto dall'istante, ma comunque si è risolto nei tempi previsti dalla Carta Servizi Wind (punto 2.2. entro il quarto giorno non festivo successivo alla segnalazione).

Quanto al periodo 26.5.2014-26.6.2014 (data di passaggio a Vodafone), il dettaglio del traffico depositato, espressamente accettato dall'istante in replica e contestato nel merito, mostra un uso regolare e quotidiano sia del servizio internet che del servizio voce, confutando la deduzione dell'utente di interruzione totale della linea ("mancanza di linea") per il periodo in questione.

Non rileva la replica dell'utente di un uso sporadico dei servizi rispetto al normale, in quanto non è ammissibile, negli atti difensivi e viepù in replica, l'introduzione di un nuovo e diverso *thema decidendum* in funzione della avvenuta constatazione delle prove di controparte. *Ad abundantiam* si osserva che l'intensità di utilizzo nel periodo lamentato, pare del tutto assimilabile a quella riscontrabile dai dettagli del periodo precedente, pure depositati.

Priva di valenza è altresì la replica dell'utente, che gli stessi tabulati Wind provino l'assenza di linea dal 25.6.2014 al 28.7.2014 (che coerentemente ricomprende anche il sopra citato guasto dal 23.7.2014 al 28.7.2014), periodo nel quale, visti gli esiti della disamina, la linea era in gestione Vodafone e non poteva risultare quindi sui sistemi Wind di contabilizzazione del traffico.

In considerazione di quanto accertato , la fatturazione Vodafone (1 fattura) e la fatturazione Wind (2 fatture) appaiono corrette.

5.3 Sulla mancata risposta ai reclami

Richiamata la già rilevata assenza di reclami in merito al disservizio in perduranza dello stesso, sia a Wind che a Vodafone, risulta depositato in atti un reclamo del 5.9.2014, di contestazione di una fattura Vodafone cui non risulta che il gestore abbia risposto.

Al riguardo rileva 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, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancanza di risposta da parte dei gestori, 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.

Spetta pertanto all'utente l'indennizzo previsto ai sensi dell'art. 11, comma 1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, già detratto il tempo utile alla risposta come da Carta del cliente

Vodafone, fino alla data dell'udienza di conciliazione (16.9.2014) per l'importo massimo previsto, pari ad Euro 300,00 da porsi a carico dell'operatore Vodafone.

6. Sulle spese di procedura.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, visto il combinato disposto di cui agli artt. 16.2 bis e 19.6 del Regolamento Agcom 173/07/CONS e s. m. e le relative Linee Guida interpretative ex Del. 273/13/CONS, Par. III.5.4 (Spese di procedura) in tema di violazione del dovere di sinteticità e chiarezza degli atti, che al comportamento complessivamente tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e definizione collegano ogni opportuna valutazione dell'Autorità in tema di riconoscimento di indennizzi e spese di procedura, anche indipendentemente dall'esito del giudizio; tutto ciò considerato, vista anche la proposta transattiva dell'operatore Vodafone, sussistono giusti motivi per compensare le spese di procedura tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Rigetta l'istanza del Signor L. Egidi nei confronti della società Wind Telecomunicazioni XXX
2. Accoglie parzialmente l'istanza del Signor L. Egidi nei confronti delle società Vodafone Italia XXX.
 - La società Vodafone Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, maggiorata degli interessi legali decorrenti dalla data dell'istanza di definizione, la somma di Euro 300,00 a titolo di indennizzo ex art.11, comma 1 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;
3. La società Vodafone Italia XXX. è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina 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 determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, li 29/07/2016

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio Fto