DELIBERA DL/88/18/CRL/UD del 11 settembre 2018
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
BOTTEGA DELLA MUSICA DI R. M. / FASTWEB XXX / VODAFONE ITALIA XXX
(LAZIO/D/292/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 11 settembre 2018;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

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

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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

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

VISTA l’istanza presentata dalla Bottega della Musica di R. M. in data 20.4.2016;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante

L’istante, per il tramite dell’associazione Asso. Cons. Italia, ha introdotto la presente controversia lamentando la mancata portabilità del numero in Vodafone, con perdita dello stesso; la mancata applicazione della scontistica promessa, la mancata comunicazione dell’impedimento, nonché la mancata risposta al reclamo.

In particolare sosteneva di aver stipulato un contratto con Vodafone nell’ottobre 2014, recedendo da quello in essere con Fastweb.

Ad inizio novembre constatava che il numero non riceveva, se non chiamate da utenze mobili Vodafone, in quanto il numero risultava inesistente alla chiamata.

Ad aprile 2015 veniva a sapere che la sua utenza era stata assegnata ad altro utente.

Vani sono stati tutti i reclami telefonici al call center per la risoluzione del disservizio sul servizio voce, mentre il servizio connettività funzionava.

Da giugno 2015 in poi, inoltre, Vodafone non applicava più lo sconto del 50% sulle fatture, come ristoro per la fruizione parziale dei servizi.

In base a tali premesse l'utente richiedeva:

- il rimborso del 50% sulla connettività saldata;
- l'indennizzo per affermazioni non veritiere o mancata comunicazione di impedimento alla risoluzione del disservizio.
- l'indennizzo per la mancata portabilità
- l'indennizzo per la perdita del numero
- l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

2. La posizione dell'operatore Fastweb

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

Precisava di aver ricevuto ordini di migrazione da Telecom Italia il 21.10, 11.11 e 2.12.2014, tutti andati in KO.

Nel frattempo riceveva in data 13.11.2014 una richiesta di NPP (Number Portability Pura), bocciata con causale "Presente un ordinativo di migrazione in corso relativo al Directory Number" in quanto era pendente la procedura di passaggio verso Telecom.

La compresenza di più richieste di trasferimento dell'utenza avevano compromesso le funzionalità di sistema bloccando le diverse richieste.

In data 12.12.2014, perveniva dall'istante una pec per la disdetta del contratto in essere, senza alcuna richiesta di rientro della numerazione.

Fastweb pertanto non poteva fare altro che chiudere il contratto e procedere alla conseguente cessazione "secca" della numerazione.

L'utente presentava un insoluto di euro 173,37

3. La posizione dell'operatore Vodafone

L'operatore rappresentava quanto segue.

In virtù della richiesta dell'utente, aveva regolarmente avviato la procedura di portabilità dell'utenza 06*****396, ricevendo tuttavia 4 dinieghi come risulta dalle schermate in atti.

Il mancato rilascio della numerazione dunque, precludeva l'espletamento della richiesta sicchè il numero restava in Fastweb.

Vodafone dunque non poteva fare altro che attivare il link su risorsa propria e attivare l'utenza nativa Vodafone n.86972007, oltre che fornire regolarmente sulla stessa il servizio dati.

La relazione poi ai patiti disservizi l'utente non aveva fornito prove a sostegno dell'occorrenza degli stessi.

L'utente risultava moroso verso Vodafone di euro 826,30.

4. Motivazione della decisione

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

4.1 Sulla migrazione

L'utente lamenta l'impossibilità di ricevere chiamate a seguito di migrazione in Vodafone e l'assegnazione del proprio numero ad altro utente con conseguente perdita di titolarità dello stesso.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nel caso in esame, l'utente non ha assolto al proprio onere probatorio di depositare il contratto Vodafone per il passaggio della linea, contratto che tuttavia è ammesso da Vodafone ma del dato fattuale si ignora la data di stipula, collocata dall'utente genericamente nell'ottobre 2014.

Ciò che l'utente non riferisce affatto è di aver stipulato, in data anteriore o contestuale a quello con Vodafone, analogo contratto per la portabilità con Telecom, come risulta inconfutabilmente dalle schermate Eureka di Fastweb che ha ricevuto richiesta di migrazione da detto gestore in data 21.10.2014, 11.11.2014 e 9.12.2014, tutte andate in scarto in fase 2 come da esiti comunicati, rispettivamente, il 27.10, 17.11 e 9.12.2014.

Orbene, è del tutto evidente, dunque, che la prima bocciatura all'ordine Vodafone di NNP (Number Portability Pura), comunicata il 13.11. con causale "Presente un ordinativo di migrazione in corso relativo al Directory Number", non può imputarsi alla responsabilità di nessuno dei due gestori, essendo riconducibile alla condotta dell'utente.

A questo punto occorre premettere al prosieguo della disamina, alcuni cenni sulla procedura di portabilità pura (NPP) relativa al caso sottoposto all'esame.

Che si tratti di questo tipo di procedura, difatti, risulta dichiarato da Fastweb in qualità di Donating e provata dagli ordini presenti sul sistema Eureka, che documentano la NP Pura richiesta.

La procedura di Portabilità Pura, disciplinata dalla delibera n. 35/10/CIR, si riferisce a tutti i casi di passaggio delle numerazioni della clientela finale senza la contestuale migrazione del servizio di accesso intermedio; il regolamento dispone che l'operatore recipient (i.e. Vodafone) trasmetta la richiesta del cliente al donator (i.e. Telecom), titolare della numerazione, il quale effettuerà delle

verifiche tecniche e formali all'esito delle quali trasmetterà la richiesta al donating (i.e. Fastweb) che ha in gestione la numerazione.

Dalla documentazione in atti prodotta dai due OLO, si rilevano senza dubbio ordini di NP Pura impartiti da Vodafone a partire dal citato ordine del 13.11.2014.

Risulta poi, per produzione di parte istante, che l'11.11.2014, si è svolto presso la sede del cliente, l'intervento di installazione della VS mediante creazione del link 3535751, all'esito del quale l'utente accettava l'impianto DSL.

Se ne deduce pertanto, sulla base delle caratteristiche tecniche sopra descritte della NP Pura, che a seguito del ko all'importazione del numero, reso da Fastweb il 13.11.2014, la numerazione non è stata attestata da Vodafone sulla risorsa propria (link 3535751) che tuttavia erogava, oltre il servizio adsl anche il servizio voce ma con numerazione provvisoria nativa Vodafone, restando la numerazione intestata all'utente su rete Fastweb.

Tale circostanza ha ingenerato nell'utente la convinzione che l'utenza fosse definitivamente migrata ma che subisse un malfunzionamento del traffico in entrata.

E' bene chiarire, al riguardo, che le tre procedure standard per il trasferimento delle utenze tra operatori di rete fissa (regolamentate dalle Del. 204/07/CONS e s.m. e 35/10/CONS) ovvero attivazione / migrazione / number portability pura), non hanno e non devono avere impatti significativi sul cliente finale, che ha il mero onere di rivolgersi all'operatore recipient o in alternativa al Donating, comunicando la volontà di trasferire la propria utenza. Sarà poi compito del gestore prescelto avviare la procedura tecnicamente corretta tra le tre.

Orbene, se per qualche ragione di natura tecnica Vodafone ha optato per il trasferimento del solo numero da attivare su propria risorsa, era necessario che, al primo KO all'importazione, informasse l'utente sull'impedimento e sulla tempistica di risoluzione e, a maggior ragione nel caso di specie, sull'attivazione in via provvisoria di una numerazione diversa.

Il silenzio del gestore sul punto, ha infatti confuso l'utente, privandolo sostanzialmente della facoltà di accettare le nuove condizioni o rinunciare al passaggio, ed avrebbe impedito la successiva disdetta a Fastweb, nella convinzione di essere passato a Vodafone.

Questo tipo di informativa andava resa all'utente anche in occasione dei successivi tentativi di importazione documentati dalle schermate Vodafone: ordine del 20.2.2015 andato in KO per rifiuto del Donor, come i successivi del 5.5.2015 e 11.3.2016.

Si ravvisa dunque un comportamento censurabile da parte di Vodafone che nessun riscontro o chiarimento ha fornito all'istante, nemmeno in occasione dei reclami svolti con il call center.

Pertanto deve riconoscersi il diritto dell'utente all'indennizzo previsto per il mancato rispetto degli oneri informativi in relazione all'impedimento alla portabilità del numero ai sensi dell'art.3, commi 2 e 3 e 12, comma 2 (utenza affari) dal 17.11.2014 (data di notifica della prima bocciatura) al 31.3.2016 (data dell'udienza di conciliazione, in occasione della quale l'utente è stato notiziato, come dallo stesso dichiarato, della mancata importazione in Vodafone della numerazione); così per l'importo di Euro 1.500,00.

Quanto alla fatturazione Vodafone, a fronte dell'erogazione di entrambi i servizi, l'utente ha riferito di aver fruito di una scontistica del 50% sul canone a causa del disservizio in essere, e di essersela vista negare a partire dalla fattura AF08405274 del 12.6.2015, allorquando è stato

riapplicato il canone bimestrale per intero (= Euro 103,70) . Da allora l'utente non ha più pagato le fatture, salvo un pagamento a saldo e stralcio sulla connettività di cui non si ha contezza né dell'entità né prova dell'esborso, in quanto il file allegato a corredo della memoria è danneggiato.

E comunque: l'utente non dà prova della fonte pattizia tra lui ed il gestore in ordine alla applicazione di tale scontistica (pur a causa di un disservizio riconosciuto) ; né tantomeno delle relative condizioni di fruizione e durata .

Tuttavia, in ottica di favore per l'utente parte debole del rapporto, se ne rileva la buona fede nell'affidamento in tale decurtazione poiché, effettivamente, le prime tre fatture emesse da Vodafone per i bimestri ott/dic 2015, dic/febb. 2015, febb./apr. 2015 , evidenziano un contestuale riaccredito per una somma pari a circa la metà del canone dovuto. Tale vantaggio è stato interrotto per le tre fatture emesse da giugno ad agosto 2016 , ma il riaccredito di un canone intero nella successiva fattura AF 17910958 del 10.12.15, fa supporre una correzione apportata dal gestore a copertura di almeno due delle tre fatture precedenti insolute. Resta dunque fatturato per intero un solo bimestre antecedente al disposto conguaglio correttivo che va anch'esso decurtato al 50% (importo della fattura AF14711491 del 10.10.15 di Euro 128,10)

Spetta dunque all'utente versare la quota residua delle fatture insolute indicate, prevista emissione delle relative note di credito di Vodafone, in applicazione della scontistica del 50% , almeno sino al dicembre 2015, data del conguaglio.

4.2. Sulla perdita della numerazione.

E' in atti una disdetta del contratto con Fastweb inoltrata via PEC il 12.12.2014, a fronte della quale l'operatore ha rivendicato la legittimità del proprio operato (cessazione dell'utenza) poiché la comunicazione chiedeva unicamente la chiusura del contratto e "non il rientro della numerazione (DN)".

La presa di posizione è contraddetta da altro dato testuale presente nella comunicazione di cui trattasi, ovvero la motivazione fornita dall'utente "*essendo passato ad altro operatore*"; se è vero dunque, come accertato sopra, che l'erronea convinzione dell'utente di essere passato definitivamente a Vodafone era stata causata dalla mancanza di informativa sugli esiti negativi della migrazione intrapresa, è pur vero che a fronte di tale asserzione, Fastweb in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, avrebbe dovuto, e agevolmente potuto, nei trenta giorni utili alla lavorazione della disdetta, verificare sui propri sistemi tale circostanza (l'effettivo passaggio in Vodafone) e nel caso negativo, avvertire l'utente sulle conseguenze della propria disdetta; del resto se il call center aveva suggerito all'utente di recedere espressamente da Fastweb, deve averlo fatto in ragione dell'esistenza a sistema di una procedura di NPP (all'esito della quale la risorsa d'accesso resta attiva presso il donating); necessità confermata dallo stesso call center all'utente successivamente, all'esito della procedura di conciliazione.

A causa dunque di tale mancata verifica di Fastweb in merito alla sorte della richiesta di portabilità del numero, non avendo avuto, - per sua stessa ammissione- alcuna notifica di espletamento al riguardo, l'utenza ancora attiva sui sistemi Fastweb è stata cessata definitivamente, con conseguente sua restituzione al Donor ed eventuale riassegnazione ad altro utente; perciò Fastweb è da ritenersi responsabile della perdita della numerazione stessa.

Avendo dichiarato il gestore che l'utente era attivo con Fastweb dal 6.3.2007 (contratto) ed avendo cessato l'utenza a dicembre 2014, risultano provati sette anni di titolarità dell'utenza.

Fastweb deve dunque riconoscere all'utente l'indennizzo previsto dagli artt. 9 e 12, comma 2 Allegato A alla Delibera Indennizzi, per Euro 2.800,00.

4.5 Sui reclami

Premesso che sono in atti una quantità di reclami scritti ma non provati nell'inoltro e neppure sottoscritti ed ai quali pertanto non può attribuirsi alcun valore probatorio, devono invece ritenersi validi i numerosi reclami telefonici corredati degli estremi per la loro tracciabilità.

Tuttavia per essi, che a detta dell'utente sono riferiti alla migrazione ed ai disservizi ad essa legati, non è riconoscibile alcun autonomo indennizzo essendo stato riconosciuto già quello per mancato assolvimento degli oneri informativi da parte dell'operatore sui medesimi fatti e pertanto quest'ultimo è senz'altro assorbente.

5. Sulle spese di procedura

Infine, 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 100,00 da porsi a carico dell'operatore Vodafone, e di Euro 150,00 a carico di Fastweb, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte e dal grado di partecipazione dei due operatori ai procedimenti di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza presentata dalla Bottega della Musica di R. M. nei confronti di Vodafone Italia XXX e di Fastweb XXX.
2. Vodafone Italia XXX è tenuta a pagare, oltre Euro 100,00 per spese di procedura, l'importo di Euro 1500,00 (millecinquecento/00) ai sensi dell'art.3, comma 2 e 3 e 12, comma 2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
3. Vodafone Italia XXX è altresì tenuta a regolarizzare la posizione contabile dell'utente come indicato in motivazione al punto 4.1
4. Fastweb XXX è tenuta a pagare, oltre Euro 150,00 per spese di procedura, l'importo di Euro 2.800,00 (duemilaottocento/00) ai sensi dell'art.9, e 12, comma 2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS,maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.

5. Vodafone Italia XXX e Fastweb XXX sono tenute altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
6. 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.
7. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
8. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, lì 11/09/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto