

DELIBERA DL/018/17/CRL/UD del 20 febbraio 2017
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
THE GATE VISIBLE CONNECTION XXX / FASTWEB XXX/HPS XXX
(LAZIO/D/643/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 20 febbraio 2017;

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 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 The Gate Visible Connection presentata in data 21.07.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Fastweb XXX e HPS XXX di seguito per brevità “Fastweb” e “HPS”, la mancata cessazione del servizio Fastweb a seguito di portabilità verso HPS con conseguente, indebita fatturazione Fastweb; la ritardata portabilità, la mancata risposta ai reclami.

In particolare, deduceva quanto segue:

- di avere richiesto migrazione del servizio da Fastweb, verso HPS; la procedura si concludeva solo in data 27.1.2015;

- nonostante il passaggio con l'operatore HPS, Fastweb continuava ad emettere fatture; si rivolgeva pertanto al call center per richiedere il rimborso delle somme non dovute; in tale occasione veniva informato che il servizio non era stato cessato da Fastweb in quanto, avendo il nuovo gestore inoltrato una richiesta di "NP pura" , era necessario inoltrare il recesso per la chiusura del contratto.
- Nonostante i ripetuti reclami via email ad entrambi i gestori, il contratto non veniva cessato, né le somme restituite.
- Richiedeva pertanto, genericamente ad entrambi i gestori:
- Cessazione del servizio Fastweb con rimborso di quanto fatturato e non dovuto;
- Indennizzo per ritardata/mancata migrazione del servizio
- Indennizzo per mancata risposta ai reclami
- Indennizzo per servizi non richiesti
- Oltre spese di procedura

2. La posizione dell'operatore Fastweb .

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, l'operatore precisava che le numerazioni dell'istante erano state trasferite dal gestore HPS in data 27.1.2015 mediante procedura di Number Portability Pura attraverso operatore TWT.

Il cliente è stato sempre informato da Fastweb come dallo stesso ammesso, del mantenimento della linea dati, mentre le numerazioni, a seguito di NP, sono state deconfigurate. Come infatti correttamente informato dal Servizio Clienti, l'utente avrebbe dovuto inviare a Fastweb apposita disdetta per la cessazione dei servizi.

La procedura di NPP, operativa dal 7.2.2011, consente infatti di trasferire la numerazione senza la contestuale migrazione del servizio di accesso intermedio. Detta risorsa di accesso, nel caso di specie una linea dati, resta così attiva con il vecchio operatore.

E' tuttavia l'operatore subentrante a dover informare della necessità di disdire il contratto con il precedente operatore, all'atto della stipula contrattuale, sebbene Fastweb avesse comunque assolto a tale obbligo, rispondendo ai reclami dell'utente.

La disdetta non è stata mai inviata dall'utente e pertanto concludeva per il rigetto delle domande.

3. La posizione dell'operatore HPS

L'operatore ha depositato, in data 26.8.2015, una nota già datata 16.6.2015, con la quale si dichiarava estranea alla problematica della fatturazione emessa da Fastweb.

Contestava quanto asserito dall'utente, cioè di aver chiesto la migrazione delle linee, poiché alcuna migrazione era possibile, dato che l'attivazione era stata richiesta in una sede diversa da quella in cui erano attivi i servizi Fastweb; pertanto si era proceduto all'attivazione di nuove linee nella nuova sede, procedendo poi alla portabilità delle nuove numerazioni.

HPS aveva pertanto posto in essere tutte le azioni necessarie all'attivazione del contratto.

Depositava, successivamente, altra memoria in data 29.9.2015, alle ore 16.02, oltre pertanto l'orario di scadenza fissato per il deposito.

Di tale memoria perciò non si potrà tenere conto e se ne dispone lo stralcio.

4. L'udienza di discussione

All'udienza di discussione convocata per il 18.10.2016, HPS non partecipava avendo inoltrato dichiarazione di non adesione alla medesima; Fastweb e l'utente raggiungevano un accordo transattivo in udienza, determinando l'archiviazione della materia del contendere nei confronti del solo gestore Fastweb.

Il procedimento pertanto proseguiva nei soli confronti di HPS, con la trasmissione degli atti al Collegio per la decisione.

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.

5.1 Sulla portabilità

L'utente deduce una serie di inadempimenti collegati alla portabilità dei numeri in HPS senza tuttavia imputarli distintamente ai due gestori coinvolti.

Ferma l'improcedibilità delle domande nei confronti di Fastweb per intervenuto accordo, resta da esaminare le stesse al fine di accertare eventuali profili di responsabilità di HPS.

Occorre premettere alcuni cenni sulla procedura di portabilità pura (NPP), anche a favore dell'operatore HPS le cui difese non sembra cogliere il punto: la procedura infatti, pur in assenza di produzione del contratto da parte dell'utente e di HPS (i contraenti) , risulta comunque provata dagli ordini presenti sul sistema di dialogo interoperatore di Fastweb, che documentano sia la NP Pura richiesta, sia gli operatori recipient e donor.

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 trasmetta la richiesta del cliente al donor, titolare della numerazione, il quale effettuerà delle verifiche tecniche e formali all'esito delle quali trasmetterà la richiesta al donating (in questo caso Fastweb) che ha in gestione la numerazione e, solo all'esito delle verifiche amministrative e tecniche poste in essere anche dal donating, verrà espletata la NP a DAC (data accettazione consegna).

Dalla documentazione in atti prodotta da Fastweb, si rilevano senza dubbio ordini di NP Pura ricevuti dall'OLO per le numerazioni de quibus, a partire dal 13.1.2015 con data di ultimo espletamento al 22.1.2015.

E' bene chiarire che le tre procedure standard regolamentate per il trasferimento delle utenze tra operatori di rete fissa (procedura di attivazione / di migrazione / di number portability pura), non hanno impatti significativi sul cliente finale, che può semplicemente rivolgersi all'operatore recipient comunicandogli la volontà di trasferire la propria utenza verso quest'ultimo. Sarà poi compito del recipient avviare la procedura tecnicamente corretta tra le tre.

HPS pertanto soggiace, come ogni altro gestore, agli obblighi di tempistica ed efficientamento del processo di portabilità, al fine di non provocare disagi all'utente finale, previsti dalla regolamentazione specifica connessa alla tipologia di procedura attuata.

Tutte le procedure di trasferimento dell'utenza fissa sopra descritte sono state quindi definite in ottemperanza a tale prescrizione, prevedendo tempistiche specifiche per l'interazione tra gli operatori ed il passaggio del cliente a data certa (la data di passaggio viene concordata tra cliente ed operatore ricevente ed è la data alla quale gli operatori coinvolti sincronizzano le rispettive attività per consentire che il passaggio avvenga con il minimo disservizio per il cliente finale). In particolare, la procedura di attivazione, migrazione e portabilità pura del numero, sono state definite per consentire, potenzialmente, il passaggio del cliente in un tempo dell'ordine dei 10 giorni lavorativi (anche meno per le attivazioni e sola NP).

In mancanza di eventuali termini più favorevoli per il passaggio delle utenze, eventualmente previsti dalle condizioni contrattuali, la Legge n.40/2007 ha previsto un preavviso massimo di 30 giorni per recesso e trasferimento delle utenze, il che si traduce in un obbligo per gli operatori di effettuare il passaggio dei clienti al massimo in 30 giorni.

Al fine quindi di stabilire eventuali ritardi nel trasferimento dei numeri è necessaria la disponibilità del contratto al fine di rinvenire la data di stipula.

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.

L'utente ha depositato il contratto del 12.12.2015, stipulato con HPS per il trasferimento di sei numerazioni; risulta inoltre compilato il modulo per la prestazione di SPP mediante codice di migrazione associato alle numerazioni da portare con tecnologia Voip (su linea dati) ed una con virtual fax .

La portabilità è stata –pacificamente- completata da HPS il 27.1.2015, mentre, per le tutele di legge sopra richiamate, avrebbe dovuto perfezionarsi al più tardi in data 12.1.2015; pertanto è accoglibile la domanda dell'utente in merito alla ritardata portabilità dei numeri rispetto al contratto, dovendosi riconoscere all'utente l'indennizzo previsto dall'art.6.1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS per Euro 450,00.

5.2 Sulla mancata disattivazione dei servizi Fastweb.

Anche per le procedure di portabilità del numero puro (Del. n. 35/10/CIR) resta valido il principio secondo cui l'utente che intende richiedere la Service Provider Portability fornisce all'operatore recipient, tra i dati e la documentazione necessaria alla erogazione della prestazione richiesta, il codice segreto ed il carattere di controllo che gli sono stati comunicati dall'operatore donating; il punto 2.1 prevede che il cliente che intende interrompere il rapporto contrattuale in essere con l'operatore donating, usufruendo della Service Provider Portability, comunica per iscritto, con racc. A/R, la sua intenzione all'operatore suddetto o all'operatore recipient. Nel caso in cui il cliente abbia inviato la richiesta di Service Provider Portability direttamente all'operatore donating, quest'ultimo informa compiutamente il cliente della necessità di rivolgersi al recipient e delle modalità da seguire per avviare il trasferimento dell'utenza.

Nel caso di specie l'istante ha contestato come indebita la fatturazione emessa da Fastweb successivamente al trasferimento dei numeri; tuttavia la procedura di NPP ha fatto sì che rimanesse attiva presso Fastweb la risorsa di accesso e quindi i servizi ad essa collegati, non essendo stata inviata alcuna disdetta dall'utente per la loro dismissione; né può essere addebitata a Fastweb alcuna responsabilità relativamente all'onere di informare l'utente sulla necessità di esercitare il recesso sui servizi rimasti attivi, risultando che questi si sia interfacciato solo con il Recipient HPS, sul quale incombeva tale onere.

Tuttavia risulta pure, per stessa ammissione dell'utente, che Fastweb abbia comunque informato l'utente sulla necessità di disdire: infatti dal testo del reclamo inviato via email il 10.4.2015 a HPS, risulta che il cliente fosse stato adeguatamente ragguagliato da Fastweb sulla necessità di disdire e sulle ragioni tecniche dell'occorrenza, nonché sulla necessità di restituire gli apparati.

Anche la risposta di HPS del 13.4.2015, al netto dei toni polemici, confermava la stessa circostanza ("*Procedete subito con il recesso, procedete alla restituzione degli apparati ...*") non risultando affatto fuorviante, come lamentato, ma definitiva.

Tuttavia l'utente, a seguito delle ricordate missive, non ha inviato alcuna disdetta, preferendo introdurre direttamente il contenzioso. Dal 13 aprile in poi dunque, nessuna responsabilità per la mancata informativa può essere imputata al gestore HPS.

Per il periodo compreso dal 27.1.2015 (data della portabilità) al 13.4.2015 invece, prima di ricevere l'informativa, risulta un profilo di responsabilità di HPS (Recipient) per omessi oneri informativi sulla stessa incombenti, in ordine all'attivazione del contratto stipulato e, in particolare, sulla scelta di adottare una procedura di portabilità delle sole numerazioni, con conseguente necessità di disdire, presso il Donating i servizi rimasti attivi sulle risorse d'accesso preesistenti al passaggio.

E' ragionevole infatti presumere che con la sottoscrizione del contratto con HPS, l'intenzione dell'utente fosse soltanto quella di usufruire dei servizi voce e dati attraverso il trasferimento delle proprie utenze presso un nuovo operatore, essendogli indifferente la scelta tecnica adottata dal gestore, ma dovendo essere al contempo correttamente informato sulle sue implicazioni e conseguenze.

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. 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.

Stante l'inadempimento lamentato, spettava dunque ad HPS provare di aver assolto i propri obblighi contrattuali (nel caso di specie, gli oneri informativi sul contratto), o di non averlo potuto fare per causa non imputabile; il gestore non ha argomentato nulla sul punto, introducendo invece argomenti del tutto estranei e non pertinenti con la fattispecie in esame.

Dal modulo compilato per la prestazione di SPP, risulta in realtà spuntata l'opzione "Portabilità" con tipologia di configurazione sub 2) (Voip e VirtualFax), e non sub 3) – ULL che avrebbe comportato migrazione delle risorse di accesso. Alla legenda, sub n.2, si specifica che il contributo per la pratica di portabilità verso modalità Voip e/o Virtual Fax è di Euro 25,00. Non si tratta pertanto, della delega ad Hps ad effettuare il recesso dal precedente gestore come sostenuto dall'utente; infatti l'opzione "Recesso" 1) non è affatto spuntata.

Ciò precisato, Hps non ha comunque rispettato l'ordinario obbligo di trasparenza sulle implicazioni del contratto e dell'opzione tecnologica prescelta per la sua attuazione, almeno fino alla risposta al reclamo e dunque deve essere riconosciuto il diritto dell'utente all'indennizzo per il mancato rispetto da parte di HPS degli oneri informativi, in forza dell'art.3, comma 2 e 3 (trattandosi di procedura di passaggio tra operatori) dal 27.1.2015 al 13.4 2015, per complessivi Euro 114,00

5.3 Sui reclami

L'utente ha lamentato la mancata/inadeguata risposta al reclamo del 10.4.2015.

La domanda non può essere accolta in quanto assorbita, alla luce di quanto argomentato, dal già riconosciuto indennizzo da mancato assolvimento degli oneri informativi sul contratto

6. 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, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte e dal grado di partecipazione dell'operatore ai procedimenti di conciliazione e di definizione.

Tutto ciò considerato

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della Società The Gate Visible Connection XXX nei confronti della società HPS XXX.
2. Dichiara cessata la materia del contendere nei confronti dell'operatore Fastweb XXX.
3. La società HPS XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - a. Euro 450,00 (quattrocento cinquanta/00) ex art.6.1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - b. Euro 114,00 /00= (cento quattordici /00=) a titolo di indennizzo ex art. 3, comma 2 e 3 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
4. La società HPS XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina 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 d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
6. È 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 determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 20/02/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto