

DELIBERA DL/33/19/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
E. SOMMA / FASTWEB XXX / VODAFONE ITALIA XXX
(LAZIO/D/448/2016)
IL COMMISSARIO

;

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

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 dall’utente E. Somma;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante

L’istante, ha introdotto la presente controversia lamentando la mancata portabilità del numero in Vodafone con tecnologia in fibra, con concomitante interruzione del servizio attivo con Fastweb in pendenza del processo di migrazione; oltre all’indebita fatturazione da parte di entrambi i gestori.

In particolare, con memorie integrative deduceva quanto segue.

Già cliente Vodafone per l’utenza mobile, sottoscriveva con Vodafone il 23.5.2015, un contratto per la fornitura fibra+mobile, offerta “Relax casa edition” per la migrazione dell’utenza fissa da Fastweb.

Il contratto veniva eseguito parzialmente, per la componente mobile, mentre non veniva attivato il servizio fibra (adsl+ telefono) e non veniva effettuata la portabilità della numerazione.

Medio tempore il servizio telefonico attivo con Fastweb veniva disabilitato amministrativamente con Fastweb per la migrazione "in sospeso".

Vodafone in relazione alla mancata esecuzione della migrazione, non forniva informazioni certe all'utente fino alla data dell'udienza per l'esperimento del tentativo di conciliazione (14.4.2016), quando dichiarava l'impossibilità di attivare il servizio.

I due gestori comunque emettevano indebita fatturazione:

Vodafone aveva emesso la prima fattura a far data dalla registrazione del contratto (4.6.2015), mentre l'utenza mobile era stata attivata solo il 17.6.2015: fattura già rimborsata di parte dei canoni dell'offerta; inoltre, altre, successive fatture erano state emesse con addebito anche di costi di recesso, nonostante il riconosciuto inadempimento.

Fastweb aveva fatturato per intero i canoni riferiti al periodo di parziale erogazione del servizio.

Infine Vodafone non aveva risposto ai numerosi reclami, il primo dei quali con pec del 22.7.2015 e del 24.8.2015.

In base a tali premesse l'utente richiedeva:

a Vodafone:

- il rimborso dei sovra-costi fatturati dalla firma del contratto, nonché delle penali da recesso anticipato, rispetto alla precedente tariffa mobile Tutti 800+ 800 per Euro 12,90/mese;
- l'indennizzo per la mancata attivazione del servizio fibra ai sensi dell'art.3 (Delibera Indennizzi);
- l'indennizzo per la mancata portabilità del numero ai sensi dell'art.6;
- l'indennizzo per la disattivazione del servizio aggiuntivo sim dati incluso nell'offerta "relax casa edition" ai sensi dell'art.4;
- l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

A Fastweb:

- l'indennizzo per la sospensione amministrativa del servizio telefonico da giugno 2015 fino al 23.4.2016, data di riattivazione, ai sensi dell'art.3,
- il rimborso di parte dei canoni fatturati in considerazione della parziale erogazione dei servizi.

2. 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, ricevendo tuttavia diversi dinieghi o "KO", come risulta dalle schermate in atti; da tale documentazione si evincono dunque le causali dei Ko nonché le date in cui sono stati svolti i diversi tentativi di migrazione; se ne evince che in assenza di rilascio della risorsa da parte del donating (Fastweb), il gestore recipient era nell'impossibilità di completare la portabilità richiesta dall'utente.

La mancata importazione della risorsa dunque, era stata causata da ragioni tecniche non riconducibili a Vodafone, restando la stessa attiva con l'originario gestore, al quale dunque dovevano essere rivolte le domande inerenti qualsiasi malfunzionamento sulla linea. Segnalava in ogni caso che l'indennizzo richiesto per la mancata portabilità dell'utenza fissa risultava essere una duplicazione della domanda già avanzata per l'asserita mancata attivazione del servizio fibra.

Concludeva dunque per l'assenza di ogni responsabilità in capo a Vodafone e chiedeva il rigetto delle domande.

3. 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 infatti, come risultante dalle schermate di sistema, che nessuna bocciatura era stata notificata da Fastweb, bensì l'ordine veniva processato in fase 3 dove era stata anche fissata la DAC al 18.6.2015 e mai rimodulata. Fastweb non aveva mai ricevuto la notifica 12, essenziale per la chiusura del proprio rapporto contrattuale e prodromico alla deconfigurazione totale della numerazione e di conseguenza dei servizi tutti.

Vero è che altre, successive richieste di migrazione erano state inoltrate da Vodafone e che queste venivano bocciate perché tecnicamente vi era altro ordine in corso, non essendo mai stata inviata la notifica 12 per la conclusione positiva della migrazione, né altro tipo di Ko che avrebbe potuto annullare il primo ordine del maggio 2015.

Quanto al malfunzionamento osservava come non fosse chiaro neanche dal testo del reclamo del 10.9.2015, la data di inizio dello stesso, né il dedotto depotenziamento dell'adsl, mentre, diversamente, dalle fatture depositate si poteva evincere l'esistenza di traffico telefonico.

Precisava inoltre di aver risposto al reclamo redatto dall'Aduc il 1.10.2015 in merito alla pendenza del processo di migrazione per il quale non era stata comunicata alcuna notifica (positiva o negativa) di avvenuto espletamento.

A causa della fissazione della DAC, Fastweb aveva iniziato, come da protocollo procedurale, la deconfigurazione dei sistemi e degli accessi in modo da poter, alla data fissata per l'espletamento, essere pronta alla cessione del cliente all'altro OLO.

Si dichiarava pertanto esente da responsabilità e chiedeva il rigetto delle domande.

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 ha lamentato la parziale esecuzione del contratto che ha comportato unicamente l'attivazione della componente mobile (rectius: trasformazione da ricaricabile ad abbonamento) in quanto già cliente Vodafone per la stessa, mentre è stata omessa l'attivazione mediante migrazione del numero da Fastweb dell'utenza fissa. L'utente sostiene di aver contratto, mediante adesione all'offerta Relax Casa Edition, l'attivazione della tecnologia fibra, per la cui mancata attivazione richiede un distinto indennizzo.

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 ha parzialmente assolto al proprio onere probatorio di depositare il contratto Vodafone per il passaggio della linea, essenziale, nel caso che ci occupa, a capire che tipologia di servizi avesse richiesto (fibra o adsl), al fine di determinare la portata dell'inadempimento dedotto; pur ammettendo infatti di aver sottoscritto un contratto all'interno dei locali commerciali dell'operatore (pertanto con sottoscrizione per adesione, contestuale alla stipula), ha riferito di non disporre di copia (del cliente).

Tuttavia, anche al fine di comprendere la compatibilità dei dati tecnici emergenti dalle schermate di sistema, è possibile ricostruire la vicenda contrattuale attraverso consultazione della sezione "trasparenza tariffaria" del sito Vodafone che, come tutti gli operatori regolamentati, ha obbligo di pubblicare anche le offerte non più sottoscrivibili; pertanto, trattandosi di stipula in data 23.5.2015 e posto il riferimento dell'utente ad un contratto " FIBRA+MOBILE RELAX CASA" può dedursi che l'utente abbia sottoscritto l'offerta "Relax Casa Edition" sottoscrivibile dal 17.4.2015 al 13.6.2015.

Detta offerta (convergente fisso + mobile) comprendeva al canone scontato per 12 mesi di Euro 39,00 mensili, oltre alla telefonia mobile abbinata a smartphone Vodafone Smart Turbo 4G, la telefonia fissa (fonia + internet) erogata con tecnologia fibra FTTC Make o FTTC Vula (la fibra FTTH era disponibile all'epoca solo per le città di Milano e Bologna).

Il tipo di collegamento in fibra offerto, ovvero il FTTC, è rilevante ai fini del tipo di migrazione avviata (che risulta infatti richiesta in ULL), e in relazione al tipo di impedimento incontrato, connesso al rilascio della risorsa poiché si tratta, come noto, di un collegamento misto (fibra ottica fino alla cabina + adsl , cioè fibra di rame fino a casa del cliente finale). Ciò consente di escludere sin d'ora la configurabilità di una attivazione di linea in fibra ottica distinta e separata rispetto a quella perseguita con la migrazione, come ipotizzato dall'utente e, con essa, l'individuazione di un ulteriore inadempimento (rectius: indennizzo) rispetto a quello della mancata migrazione, risultando quest'ultimo assorbente rispetto al conseguente mancato collegamento in tecnologia fibra.

Ciò premesso, si deve procedere ad analizzare la condotta dei due gestori nel processo di migrazione, al fine di determinarne le rispettive responsabilità nei disservizi cagionati all'istante.

Trattasi, per quanto su premesso, di migrazione OLO2OLO, regolata dalla delibera n.274/07/CONS e ss mm.

Dal confronto tra le schermate presentate da Vodafone (lato Recipient) e da Fastweb (lato Donating), risulta pacifico che Vodafone si sia attivata tempestivamente rispetto alla data di contrazione dell'obbligazione alla migrazione, avendo inviato la richiesta a Fastweb il 26.5.2015 identificando il servizio in ULL; Fastweb ha altrettanto tempestivamente approvato la richiesta rilasciando l'OK formale ai fini del passaggio della procedura in fase 3, che infatti risulta aperta in data 4.6.2015; fino a data di scadenza per la consegna, tuttavia, la richiesta risulta sulle schermate Vodafone essere stata annullata, non è dato sapere se per ostacolo tecnico all'allaccio con l'operatore di rete oppure per inutile decorso della scadenza della sessione (non risulta indicata la causale).

Successivamente al primo, infruttuoso tentativo di migrazione, se ne sono susseguiti altri, in date 6.8.2015, 17.8.2015, 2.9.2015 che sul sistema Vodafone risultano pure annullati; Fastweb ha sostenuto che dopo il primo ordine processato fino alla fase 3 , non è stata comunicato alcunché, né in senso negativo (annullamento) né in senso positivo (notifica 12) che consentisse la chiusura dell'ordine con dismissione della risorsa e pertanto le seguenti bocciature notificate al recipient erano state causate alla permanenza di una sessione attiva precedente.

Tuttavia tale posizionamento di Fastweb non trova conferma per tabulas , lato Recipient; poiché le causali indicate per tali, successive bocciature, recano chiaramente la dicitura "cliente cessato o in cessazione" anziché "altro ordine in corso" che è la causale tipica per il tipo di evento eccepito da Fastweb; né detto gestore ha supportato le proprie affermazioni depositando le schermate lato Donating afferenti a detti Ko, che potessero provare il tipo di causale inserita; a ben vedere la precisazione che a causa della fissazione della DAC avesse iniziato la deconfigurazione dei sistemi e degli accessi per essere pronta alla cessazione definitiva della risorsa, contrasta con quanto rilevato in ordine al fatto che non fosse mai pervenuta una notifica 12 "prodromica" alla deconfigurazione totale della risorsa, ed in assenza della quale Fastweb non avrebbe dovuto iniziare il processo di dismissione.

La regolamentazione sulle procedure di migrazione infatti, raccomandando il massimo coordinamento e "sincronizzazione" tra le attività degli operatori coinvolti dal passaggio, mira a ridurre al minimo i disagi per l'utente finale e pertanto la mera fissazione della DAC (concordata tra recipient e nuovo cliente) non costituisce presupposto per una preventiva deconfigurazione dei servizi, in quanto non preclusiva della finalizzazione della migrazione.

E' invece palese che la deconfigurazione dei servizi, seppur parziale, coincida con il malfunzionamento lamentato dall'utente sulla linea ancora in gestione Fastweb (connesso all'instradamento delle chiamate ed al downgrade della connessione), operazione che erroneamente è stata avviata in assenza di notifica 12 e che ha determinato i successivi scarti degli ordini impartiti da Vodafone, secondo le codifiche stabilite in virtù degli accordi quadro interoperatore.

Pertanto, con riferimento al dedotto malfunzionamento, in assenza di indicazioni dell'utente, Fastweb è responsabile del parziale funzionamento del servizio, ragionevolmente a partire dal 26.8.2015, quando iniziano le chiamate al servizio clienti dell'utente, fino alla dedotta riattivazione del 23.4.2016, ai sensi dell'art.5, comma 2, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS , con indennizzo

pari a Euro 602,50; per il “depotenziamento” dedotto dell’ADSL l’utente, come da lui stesso precisato, non ha avanzato domande, né tale tipologia di disservizio risulterebbe valutabile in assenza di certificate misurazioni.

Quanto alla richiesta di storno dei canoni fatturati da Fastweb nel periodo di malfunzionamento, si dispone lo storno e rimborso del 50% del canone voce denominato “Italia Senza Limiti”, a valere sulle fatture nn. 5326832, 7042852, 8694799 585088 e 2284697, per l’importo complessivo di Euro 37,50.

Per quanto concerne invece la posizione di Vodafone rispetto al fallimento della migrazione, non può esserne stabilita la responsabilità in via principale in quanto l’impedimento risulta emerso nella fase di provisioning (fase 3), ma può tuttavia ad essa essere imputato l’inadempimento dell’obbligo di tenere informato l’utente sui motivi del mancato progresso della portabilità e sui tempi previsti della relativa risoluzione.

A far data dunque dal 1.6.2015, data dell’annullamento del primo ordine di migrazione e fino all’udienza di conciliazione del 14.4.2016, quando il gestore ha ammesso l’impossibilità della prestazione, Vodafone è responsabile dell’omissione degli oneri informativi a proprio carico in qualità di Recipient, ai sensi dell’art.3, comma 2 e 3 dell’allegato A alla Delibera n.73/11/CONS , dovendosi riconoscere pertanto il diritto dell’utente ad un indennizzo di Euro 477,00.

Quanto alle domande di indennizzo distinte per mancata attivazione della linea fibra e della sim dati aggiuntiva, le stesse non sono accoglibili la prima, per le considerazioni di natura tecnica già offerte a proposito della Fibra FTTC, che non consente di scindere il trasferimento della risorsa di accesso da quella della numerazione, la seconda poiché il servizio della sim dati, in quanto accessorio e ricompreso nell’offerta principale “Vodafone Casa Relax”, ai sensi dell’art.3, comma 4, resta assorbito dall’inadempimento sul servizio principale.

Con riferimento all’indebita fatturazione Vodafone, in considerazione della mancata attivazione dell’offerta convergente fisso + mobile “Relax casa edition” vanno stornati i seguenti importi:

su fatt. n. AF09629619 del 11 luglio 2015: va stornata la somma di Euro 35,63 eccedente rispetto alla precedente offerta attiva sul mobile (Tutti 800+800 di Euro 12,90/mese) sul canone Relax Casa Edition di Euro 48,53, nonché Euro 15,57 quale contributo di attivazione offerta mobile Relax;

su fatt. n. AF12786454 del 10 settembre 2015: va stornata dal canone Relax Casa Edition di Euro 40,18 (già detratta la mensilità di 31,96, riaccreditata da Vodafone), la somma eccedente l’offerta mobile previgente (Tutti 800+800 di Euro 12,90/mese) per Euro 27,28;

- su fatt. n. AF15961532 del 10 novembre 2015, va stornata la somma di euro 54,54 eccedente rispetto alla precedente offerta attiva sul mobile (Tutti 800+800 di Euro 25,80/bim) sul canone Relax Casa Edition di Euro 80,34; le rate residue terminale sono dovute, trattandosi di acquisto rateale del bene;
- su fatt. n. AG00015667 del 09 gennaio 2016, va stornata la somma di euro 54,54 eccedente rispetto alla precedente offerta attiva sul mobile (Tutti 800+800 di Euro 25,80/bim) sul canone Relax Casa Edition di Euro 80,34;

- su fatt. n. AG03284689 del 09 marzo 2016, va stornata la somma di euro 54,54 eccedente rispetto alla precedente offerta attiva sul mobile (Tutti 800+800 di Euro 25,80/bim) sul canone Relax Casa Edition di Euro 80,34;
- su fatt. n. AG06667139 del 07 maggio 2016, va stornata la somma di euro 46,21 eccedente rispetto alla precedente offerta attiva sul mobile (Tutti 800+800 di Euro 12,90/mese) sul canone Relax Casa Edition di Euro 59,11; va altresì stornata la somma di Euro 81,97 a titolo di recesso anticipato sul numero mobile perché palesemente infondata.

E così , in totale, la somma da stornare e rimborsare ammonta ad Euro 316,00

4.2 Sui reclami

Sono in atti due reclami Vodafone del 27.7.2015, e del 24.8.2015 tramite Pec, con i quali si contesta la mancata migrazione; la domanda di indennizzo per la mancata risposta non è accoglibile perché assorbita dal riconoscimento dell'indennizzo dovuto per omessi oneri informativi sulla migrazione, fattispecie regolamentare avente la stessa funzione dell'istituto contrattuale del reclamo. Vi è poi un reclamo via pec del 15.11.2015, con il quale l'utente contesta la fattura AF 15961532 addebitante costi da recesso anticipato, ed al quale Vodafone non risulta abbia risposto, nemmeno per fatto concludente mediante riaccredito/rimborso.

Spetta perciò all'utente l'indennizzo ai sensi dell'art.11 Allegato A alla delibera 73/11/CONS del 30.12.2015 (già detratti i 45 giorni utili alla risposta ex Carta del Cliente Vodafone) al 14.4.2016, data dell'udienza di conciliazione, per Euro 106,00.

Quanto a Fastweb, i reclami del 10.9.2015 e del 21.9.2015, sono stati solo parzialmente riscontrati da Fastweb in quanto non è stata fornita risposta in ordine alla data di inizio del malfunzionamento in pendenza di migrazione, né al rimborso dei canoni per parziale fruizione dei servizi; si riconosce perciò all'utente analogamente a sopra, l'indennizzo dal 5.11.2015 (già detratti i 45 giorni utili alla risposta ex Carta dei Servizi Fastweb) fino all'udienza di conciliazione del 14.4.2016, per Euro 161,00.

5. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'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 100,00 a carico di Fastweb, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte e dal grado di partecipazione ai procedimenti di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL COMMISSARIO

Vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza presentata dal Sig. E. Somma 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, i seguenti indennizzi, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - Euro 477,00 (quattrocentosettantasette/00) ai sensi dell'art.3, comma 2 e 3 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - Euro 106,00 (centosei/00) ai sensi dell'art.11, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
3. Vodafone Italia XXX è altresì tenuta a regolarizzare la posizione contabile dell'utente, mediante storno e rimborso della somma di Euro 316,00, oltre interessi legali dalla data del pagamento, come indicato in motivazione al punto 4.1
4. Fastweb XXX è tenuta a pagare, oltre Euro 100,00 per spese di procedura, i seguenti indennizzi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - Euro 602,50 (seicentodieci/50) ai sensi dell'art.5, comma 2 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
 - Euro 161,00 (centosessantuno/00) ai sensi dell'art.11, Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;
5. Fastweb XXX è altresì tenuta a regolarizzare la posizione contabile dell'utente, mediante storno e rimborso della somma di Euro 37,50, oltre interessi legali dalla data del pagamento, come indicato in motivazione al punto 4.1
6. 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.
7. 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.
8. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
9. 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 21/05/2019

Il Commissario straordinario

Claudio Lecce

Il Direttore

Vincenzo Ialongo