

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
G. L. CARMENI / VODAFONE ITALIA XXX / LYCAMOBILE XXX
(LAZIO/D/419/2015 e LAZIO/D/493/2015)

Registro Corecom n. 06/2017

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 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”;

VISTE le istanze dell’utente G. L. CARMENI presentate in data 15.5.2015 (prot. 419/2015) e 11.6.2015 (prot. 493/2015) nei confronti degli operatori VODAFONE ITALIA XXX e LYCAMOBILE XXX, ed il provvedimento di riunione dei detti procedimenti disposto dal Corecom Lazio con nota del 2.7.2015 (prot. D3304) nell’ambito del procedimento prot. 419/2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’utente.

L’utente, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha lamentato nei confronti degli operatori Vodafone e Lycamobile di avere chiesto al primo, il 1.9.2014, la MNP della numerazione mobile prepagata n. xxxxxxxx565 attiva in Lycamobile dal 21.3.2014 e migrata in Vodafone solo il 7.11.2014.

La richiesta di MNP era giustificata, e detta dell'istante, dal malfunzionamento del servizio sin dal 10.4.2014, già reclamato a Lycamobile e definitivamente risolto solo il 7.11.2014 a seguito della migrazione in Vodafone.

I reclami sia a mezzo call center che scritti, inoltrati a Vodafone ed a Lycamobile sin dal 16.9.2014 non ottenevano risposta.

L'utente chiedeva pertanto la condanna dei gestori, in solido tra loro, al pagamento dei seguenti indennizzi:

- Per la ritardata MNP dal 10.9.2014 al 7.11.2014, per euro 2,50/die;
- Per il malfunzionamento del servizio dal 10.4.2014 al 7.11.2014, per euro 5,00/die per ciascun servizio principale (voce e internet), nonché di euro 1,00/die per i servizi accessori (sms);
- Per le mancate risposte ai reclami a decorrere da quello del 16.9.2014, sino all'udienza di conciliazione del 13.5.2015 per Vodafone e sino alla data del 15.5.2015 di presentazione dell'istanza di definizione per Lycamobile non comparsa all'udienza di conciliazione;
- Il rimborso delle spese di procedura.

2. La posizione di Vodafone.

Con memoria difensiva tempestivamente depositata Vodafone eccepiva l'inammissibilità dell'istanza per non essere la stessa redatta in maniera chiara e sintetica come prescritto dall'art. 16, comma 2 bis Delibera 173/07/CONS; nel merito, deduceva che l'istanza era sfornita di prova; di avere correttamente gestito la richiesta di MNP avviando tempestivamente la procedura di importazione dell'utenza e ricevendo da Lycamobile ben 15 scarti della richiesta a decorrere da quello del 10.9.2014 per "overflow". La MNP veniva poi correttamente espletata il 7.11.2014 senza che a Vodafone fosse imputabile alcun ritardo.

L'operatore concludeva per il rigetto dell'istanza anche nel merito.

3. La posizione dell'operatore Lycamobile.

Lycamobile non si è formalmente costituita nel presente giudizio, limitandosi a prendere parte all'udienza di definizione del 23.11.2016 alla quale ha dedotto "*che la portabilità è stata concessa a Vodafone il 18.9.2014*".

Deve pertanto essere dichiarata l'inammissibilità della documentazione tardivamente inviata da Lycamobile con email del 25.11.2016, attinente alla esecuzione da parte del gestore di quanto disposto dal Corecom Lazio con Delibera n. 167/15/CRL del 9.10.2015 che ha definito altra controversia tra essa Lycamobile e l'utente attinente (anche) alla medesima numerazione oggetto del presente procedimento, ma avente ad oggetto diversa problematica (malfunzionamento).

4. Motivi della decisione

4.a. Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Deve essere rigettata l'eccezione di inammissibilità sollevata da Vodafone, posto che la eventuale violazione del principio di sinteticità degli atti di cui all'art. 16, comma 2 bis Delibera 173/07/CONS sarebbe in ipotesi rilevante ai fini della liquidazione delle spese del procedimento, ma certamente non varrebbe a qualificare come inammissibile l'istanza di definizione.

4.b. Nel merito.

4.b.1. Sul malfunzionamento dei servizi e sulle mancate risposte ai reclami di segnalazione dei malfunzionamenti.

La domanda di pagamento di un indennizzo per il malfunzionamento dei servizi dal 10.4.2014 al 7.11.2014, così come per la mancata risposta ai reclami inoltrati dall'utente per la segnalazione del malfunzionamento, devono essere rigettate, essendo oggetto della Delibera n. 167/15/CRL del 9.10.2015 pronunciata dal Corecom Lazio a definizione della controversia insorta tra l'utente e Lycamobile.

4.b.2. Sulla ritardata MNP e sulle mancate risposte ai reclami.

L'utente ha dedotto di aver chiesto a Vodafone il 1.9.2014 la MNP dell'utenza mobile attiva in Lycamobile.

Sia Vodafone che l'utente hanno dedotto che la MNP è stata espletata il 7.11.2014; Vodafone ha dedotto e provato di avere ricevuto da Lycamobile ben 15 notifiche di scarto dei tentativi di importazione dell'utenza svolti tra il 10.9.2014 ed il 30.9.2014, per "overflow", vale a dire per "*richiesta eccedente il doppio della capacità massima del Donating*" che - ai sensi degli artt. 15, comma 2 e art. 16 n. 1.1. dell'Accordo Quadro per l'applicazione delle norme riguardanti la portabilità del numero mobile sottoscritto, tra gli altri, da Vodafone e Lycamobile, al fine di dare esecuzione alla Delibera 147/11/CIR ed approvato dall'AgCom con Delibera 651/13/CONS – costituisce una delle causali per le quali il Donating (Lycamobile) non può essere ritenuto responsabile.

Lycamobile ha dedotto ad udienza di definizione del 23.11.2016 di avere concesso la portabilità a Vodafone in data 18.9.2014, circostanza contestata dall'utente che ha ribadito che il passaggio tra operatori è avvenuto il 7.11.2014. Dalla documentazione in atti depositata da Vodafone, non contestata da Lycamobile, risulta smentito per tabulas quanto dedotto da tale ultimo gestore, cioè di avere concesso la portabilità a Vodafone il 18.9.2014, posto che a quella data risulta invece un ulteriore scarto della richiesta, sempre per "overflow".

Provata dunque l'esistenza del contratto con Vodafone, si tratta di accertare, a fronte delle contestazioni dell'utente, se gli operatori convenuti abbiano effettivamente e correttamente adempiuto gli obblighi loro spettanti nella procedura di MNP.

Sul punto, si richiama infatti 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 o del ritardo 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.

Nella fattispecie pertanto, avendo l'istante provato la fonte negoziale del suo diritto, ed avendo lamentato la ritardata MNP, spettava agli operatori donating (Lycamobile) e recipient (Vodafone) provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie a dare tempestivamente seguito al servizio di MNP richiesto o che l'inadempimento è dipeso da cause ad essi non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

A tal proposito occorre fare riferimento alla delibera n. 147/11/CIR che, nel modificare la precedente delibera n. 78/98/CIR, ha previsto, oltre alla riduzione ulteriore dei tempi per l'espletamento della portabilità, anche la possibilità per il cliente di chiedere indennizzi nel caso di ritardi nella portabilità del numero mobile, garantendo un miglioramento della qualità della prestazione.

La prestazione di portabilità del numero mobile (MNP) consente all'utenza di servizi mobili e personali di mantenere il proprio numero, richiedendo che il servizio sia svolto da un differente operatore mobile, anche nel caso vi sia una variazione tra la tecnologia utilizzata dall'operatore di origine (GSM o UMTS) e quella utilizzata dal nuovo operatore.

Alla luce dell'istruttoria svolta, emerge che Vodafone ha ricevuto ben 15 scarti per "overflow" da Lycamobile nel periodo 10.9.2014 – 30.9.2014, e che la MNP si è da ultimo perfezionata il 7.11.2014; alcuna documentazione probatoria, né altrimenti alcuna deduzione difensiva è stata svolta da Vodafone con riferimento all'attività dalla stessa eventualmente svolta nel periodo 30.9.2014 – 7.11.2014 al fine di espletare tempestivamente la MNP.

Fatta questa breve ricostruzione, se pure Vodafone può essere mandata esente da responsabilità relativamente agli scarti ricevuti da Lycamobile per le richieste di MNP inoltrate tra il 10.9 ed il 30.9.2014, deve invece affermarsi la responsabilità di Vodafone per non aver rispettato gli oneri informativi nei confronti del cliente, che non è stato tempestivamente informato in ordine alla sussistenza di problematiche così come risultano dalla memoria e dai documenti depositati dall'operatore.

Tanto premesso, deve essere riconosciuto all'utente l'indennizzo per il mancato assolvimento degli oneri informativi nei confronti del cliente nel periodo 10.9-30.9.2014, in quanto Vodafone, *"in qualità di operatore recipient, aveva l'obbligo di comunicare formalmente all'utente l'esistenza di impedimenti ostativi al completamento del processo di portabilità"* (Delibera AgCom 148/15/CIR), oltre all'indennizzo per il ritardo nell'espletamento della procedura di MNP nel periodo 1.10-7.11.2014 relativamente al quale Vodafone non ha provato di avere svolto alcuna attività affinché la MNP andasse a buon fine.

Ne consegue quindi che l'operatore è tenuto a corrispondere l'indennizzo per carenza informativa in favore dell'istante, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. dell'art. 6, comma 1 e art. 3, comma 2 e 3, dell'allegato A alla delibera n. 73/11//CONS, secondo il parametro di euro 1,50 pro die per il numero di 20 giorni per il periodo 10.9-30.9.2014 per Euro 30,00; nonché l'indennizzo ex art. 6, comma 2, ultimo capoverso di cui all'allegato A alla Delibera 73/11/CONS per il periodo 1.10-7.11.2014 (data di espletamento della MNP) per Euro 92,50.

Con riferimento alla richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo del 16.9.2014 (e seguenti) proposta nei confronti di Vodafone, la stessa non può essere accolta in quanto per il mancato assolvimento degli oneri informativi nei confronti dell'istante è già stata prevista al punto precedente la corresponsione da parte dell'operatore dell'indennizzo in relazione alla carenza di informativa e, quindi, come tale, non può essere disposta una duplicazione dell'indennizzo.

La domanda di pagamento di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo proposta nei confronti di Lycamobile deve invece essere accolta, posto che Lycamobile – non costituitasi nel presente procedimento – non ha fornito la prova di avere riscontrato i reclami dell'utente.

Rileva, in proposito, 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 (45 giorni ex Carta Servizi Lycamobile) e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, 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.

Pertanto, considerato, come detto, che Lycamobile non ha fornito la prova di avere riscontrato il reclamo dell'utente del 16.9.2014 relativo alla ritardata mnp, deve essere riconosciuto all'utente l'indennizzo ex art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, dal 45° giorno successivo al reclamo del 16.9.2014 (in atti) al 15.5.2015 data di presentazione dell'istanza di definizione prot. n. 419/2015, per complessivi euro 196,00 a carico di Lycamobile.

5. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*".

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte; che Lycamobile non ha presentato difese nel presente procedimento; che entrambi i gestori hanno partecipato all'udienza di definizione del 23.11.2016; considerato infine il valore della presente controversia, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 30,00 a carico di Vodafone e l'importo di euro 50,00 a carico di Lycamobile a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

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. Accoglie parzialmente l'istanza del Sig.ra G. L. CARMENI nei confronti delle società VODAFONE ITALIA XXX e LYCAMOBILE XXX.
2. La società LYCAMOBILE XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. Euro 196,00= (centonovantasei/00=) ai sensi dell'art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.
3. La società VODAFONE ITALIA XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 30,00 (trenta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi maggiorati degli interessi

legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- i. i. Euro 30,00= (trenta/00=) ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. dell'art. 6, comma 1 e art. 3, comma 2 e 3, dell'allegato A alla delibera n. 73/11//CONS;
 - ii. ii. Euro 92,50= (novantadue/50=) ai sensi art. 6, comma 2, ultimo capoverso di cui all'allegato A alla Delibera 73/11/CONS.
4. Le società VODAFONE ITALIA XXX e LYCAMOBILE XXX sono, altresì, tenute 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, 01/03/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto