

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 204

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Morelli xxxx c/ TELECOM ITALIA e c/VODAFONE OMNITEL

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 18.10.2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

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

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 19 aprile 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 19231, con cui il sig. **xxxx**, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con le Società Telecom Italia e Vodafone Omnitel, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e succ. modif. ed int.;

la nota del 27 aprile 2012 (prot. n. 20123), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con istanza di definizione, depositata il 19 aprile 2012, il sig. **xxxx**, promuoveva dinanzi a questo Co.Re.Com. un procedimento di definizione nei confronti delle Società Telecom Italia e Vodafone Omnitel.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Sospensione utenza, perdita della numerazione e richiesta indennizzo.

L'utente precisa che nel dicembre 2008 è stato contattato dall'operatore Vodafone per una promozione alla quale non ha aderito, ma nonostante ciò l'operatore ha inviato il contratto all'odierno utente, trasferendo anche la titolarità dell'utenza alla moglie dell'odierno istante. Per tali ragioni, il sig. **xxxx**, con raccomandata a/r, il 2 gennaio 2009 ha comunicato alla Vodafone il recesso contrattuale chiedendo alla stessa di non inviare alcuna comunicazione alla Telecom per timore di un eventuale cessazione della linea. Nonostante ciò però, Telecom e/o Vodafone cessavano la linea telefonica senza alcun preavviso e/o spiegazione. Successivamente Telecom (seppure con numerose richieste da parte dell'utente) ha rifiutato la consegna del codice di migrazione e la riattivazione del numero.

L'utente quindi ha ribadito le doglianze e le richieste già proposte con il ricorso per il tentativo di conciliazione e ha chiesto a questo Co.Re.Com. con istanza depositata in data 19 aprile 2012, di definire l'odierna controversia.

Per tali ragioni l'istante chiede: "l'indennizzo e/o risarcimento per il disservizio posto in essere dalle due società e per la perdita della risorsa numerica".

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 27 aprile 2012, con cui sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, entrambi gli operatori hanno prodotto memoria difensiva e la documentazione a supporto della rispettiva posizione.

La Vodafone, contesta la ricostruzione della vicenda effettuata dall'utente e rileva l'infondatezza dell'istanza di definizione, di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge, specificando in aggiunta a ciò, che non vi è alcuna corrispondenza negli archivi relativamente alla descrizione dell'utente. La moglie dell'istante ha aderito alla proposta telefonica che prevedeva la portabilità del numero. L'espletamento della portabilità richiesta il 12 gennaio 2009 è avvenuta il 19 gennaio 2009. Solo a distanza di un anno si riscontra la richiesta di cessazione del contratto con espletamento della portabilità out il 15 febbraio 2010 (come da documentazione in atti). Il numero, pertanto, è stato cessato a seguito di richiesta dell'utente. Negli archivi non risultano reclami inoltrati dall'utente.

La Telecom, specifica che per quanto concerne le telefonate di reclamo al "187" (nel periodo gennaio - aprile 2009) queste non si riferiscono alla richiesta del codice di migrazione (alla quale Telecom, secondo l'istante, non avrebbe dato esito).

Il numero in oggetto è migrato a Vodafone con decorrenza 2 febbraio 2009. Dalle schermate Pitagora si rileva la cessazione standard inserita da Vodafone con "des" (data esecuzione) il 16 febbraio 2010. Dal 2 al 16 febbraio 2009 la linea non era in disponibilità con Telecom. L'attivazione del nuovo numero (gratuitamente da parte di Telecom) è avvenuto su richiesta dell'utente. Telecom inoltre non aveva alcun codice di migrazione da fornire all'utente, essendo l'utenza già con OLO dal 2 febbraio 2009. Telecom non ha alcuna facoltà di controllo o d'intervento al riguardo.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

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

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: entrambe hanno partecipato alle udienze di conciliazione, tenutesi l'11 e il 16 aprile 2012.

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Pertanto, la domanda di risarcimento del danno proposta dall'utente, deve correttamente interpretarsi - come domanda di pagamento di un indennizzo in conseguenza dei fatti dedotti.

L'udienza di discussione per il presente ricorso non si è tenuta, in quanto non è stata richiesta espressamente dalle parti e non è stata ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

2. Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto la sospensione dell'utenza e la perdita della numerazione.

2.1 Sulla sospensione utenza e sulla perdita della numerazione.

Occorre specificare che il contratto stipulato tra le parti è indubbiamente un contratto di somministrazione, per cui "una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose" (art. 1559 c.c.). Nell'ambito del contratto le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione.

L'utente scopre la portabilità della propria utenza (a sua insaputa) con altro operatore nonostante non l'avesse richiesto. Dalla ricostruzione della vicenda, si evince che la Vodafone a seguito di una telefonata (solo informativa) effettuata da operatrice commerciale abbia attivato la linea (con Vodafone), senza il consenso e l'approvazione dell'utente, quindi abusivamente. Infatti nonostante tale affermazione da parte dell'utente con istanza di definizione della controversia, Vodafone non ha smentito tale circostanza, neanche documentalmente.

Nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento"* (Cass.Civ. n.2387/04; cfr. Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936).

In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi - ex art. 1218 c.c. - che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

Inoltre l'utente ha presentato istanza anche nei confronti dell'operatore Telecom. Dalle memorie dallo stesso inviate, si evince che, l'utenza telefonica di cui trattasi è migrata in Vodafone il 2 febbraio 2009 e che dalla schermata Pitagora di Telecom si rileva la cessazione standard inserita da Vodafone con data di esecuzione il 16 febbraio 2009. Per tali ragioni, non è imputabile alcuna richiesta a Telecom, considerato che la linea telefonica in oggetto nel periodo 2 - 16 febbraio 2009 non era in disponibilità Telecom ma all'operatore Vodafone. La responsabilità è da considerarsi in capo alla Vodafone la quale avendo l'onere della prova in quanto l'utente asserisce di non aver firmato alcun contratto, come detto sopra, non ha dimostrato documentalmente il contrario.

Ai fini della determinazione del periodo indennizzato, si fa presente che questo Co.Re.Com. l'11 ottobre 2012 ha richiesto all'utente quale integrazione istruttoria per la definizione di cui trattasi, copia della lettera di recesso dal contratto stipulato con il gestore telefonico Vodafone, ritenendo insufficiente la sola dichiarazione resa dall'utente e dall'operatore sul punto. Perciò bisogna considerare che l'utente invia alla Vodafone il recesso il 2 gennaio 2009 (come da raccomandata a/r n. 13600152054-1 del 2 gennaio 2009, allegata in atti) e non, il 15 febbraio 2010, come lo stesso gestore dichiara in memoria.

Quindi la responsabilità di Vodafone, si può desumere dalla memoria difensiva della Telecom e dalla documentazione inviata dall'utente. L'istante richiede un nuovo contratto con l'operatore Telecom nel febbraio 2010 e comunque successivamente alla lettera di recesso inviata alla Vodafone, inoltre ha dovuto attivare una nuova risorsa numerica a causa della conseguente perdita del precedente numero.

Da tale situazione deriva che la perdita della risorsa numerica sia solo ed esclusivamente imputabile a Vodafone, a conseguenza del proprio comportamento, che ha causato notevoli disagi all'utente.

Ritenuto, conclusivamente, che la domanda del ricorrente sia meritevole di accoglimento, nei termini sotto espliciti e che pertanto l'operatore Vodafone Omnitel debba provvedere a riconoscere al medesimo:

- l'indennizzo pari a € 240,00 (duecentoquaranta/00) per la sospensione dell'utenza, per il periodo dal 1 dicembre 2009 al 2 febbraio 2010, per complessivi 32 giorni, al parametro giornaliero di euro 7,50, conformemente a quanto stabilito dall'art. 4 della delibera 73/11 CONS, allegato A;
- l'indennizzo pari a € 250,00 (duecento/50) per la perdita della numerazione, calcolato in via equitativa tenendo in considerazione: la reale perdita della risorsa numerica ma anche il fatto che l'utente non abbia realmente dimostrato l'appartenenza della numerazione per il periodo a cui riferisce (10 anni).

Atteso che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Comitato all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

3. Sulle spese di procedura.

L'art. 19 al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/ CONS, sancisce che nel determinare rimborsi e gli 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, le udienze di conciliazione si sono concluse con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

Per tali motivi, si ritiene equo, compensare le spese della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

1) L'accoglimento parziale nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dal sig. **xxxx**, in data 19 aprile 2012. Per il che la società Vodafone Omnitel è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- a) l'indennizzo pari a € 240,00 (duecentoquaranta/00) per la sospensione dell'utenza, per il periodo dal 1 dicembre 2009 al 2 febbraio 2010, per complessivi 32 giorni, al parametro giornaliero di euro 7,50, conformemente a quanto stabilito dall'art. 4 della delibera 73/11 CONS, allegato A;
- b) l'indennizzo pari a € 250,00 (duecento/50) per la perdita della numerazione, calcolato in via equitativa;
- c) le spese di procedura sono compensate.

2) È fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'articolo 19 comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/ CONS;

3) Si precisa che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia sino al soddisfo;

4) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259";

5) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

6) Il gestore è tenuto a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale