



Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 242

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Palumbo xxxxx c/ VODAFONE OMNITEL

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 29/11/2012, 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 16 luglio 2012, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 32427, con cui il sig. xxxx, titolare dell'esercizio commerciale "xxxx", ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società 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 17 luglio 2012 (prot. n. 32510), 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 16 luglio 2012, il sig. xxxx, titolare dell'esercizio commerciale "xxxx", promuoveva dinanzi a questo Co.Re.Com. un procedimento di definizione nei confronti della Società Vodafone Omnitel.

In particolare, le doglianze riguardano:

- 1) Ritardata attivazione, mancata portabilità e perdita della numerazione.

L'istante precisa che il 20 gennaio 2011 ha stipulato tramite un'agenzia un contratto di telefonia con la società Vodafone per la portabilità di due utenze che però per una si è verificata dopo 6 mesi mentre per l'altra vi è stato l'annullamento della linea. L'annullamento dell'utenza -secondo Vodafone- è avvenuto in virtù di una richiesta di rinuncia del numero, formulata dall'utente, ma ciò non corrisponde alla realtà dei fatti, in quanto, non vi è mai stata alcuna sottoscrizione in merito.

L'utente si determinava ad adire questo Co.Re.Com., avviando, il tentativo di conciliazione, conclusosi con un verbale di mancata conciliazione.

Successivamente, in data 16 luglio 2012, l'utente ha chiesto a questo Co.Re.Com. di definire l'odierna controversia, al fine di ottenere: "il risarcimento dei danni per mancata portabilità e ritardata attivazione della linea".

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 17 luglio 2012, con cui il Co.Re.Com. ha chiesto alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari, entrambe le parti hanno prodotto, nei termini procedurali, memoria difensiva e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

L'operatore Vodafone, contesta la ricostruzione della vicenda effettuata dall'istante 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 all'utente sono notori i meccanismi e le procedure utilizzate per consentire ai clienti la portabilità, per poter cambiare operatore, senza rischiare la perdita della numerazione, inoltre per tale procedura occorre la collaborazione di tre parti, operatore donating, operatore recipient e utente. La procedura in esame, non si è conclusa per la mancata collaborazione del gestore donating. Inoltre, la portabilità dell'utenza non è mai avvenuta per causa imputabile a Vodafone e quindi di conseguenza anche la perdita della risorsa numerica.

L'odierno istante con memorie precisa che la proposta sottoscritta prevedeva la portabilità delle due utenze da Fastweb a Vodafone, che la portabilità del numero avveniva dopo sei mesi dalla richiesta, e che da parte del ricorrente non vi è mai stata alcuna rinuncia alla portabilità della seconda utenza. La perdita della numerazione (tra l'altro utilizzata da più di dieci anni) ha causato gravi disagi all'attività commerciale dell'istante.

Mentre con note di replica evidenzia che le eventuali problematiche sorte tra gli operatori non possono ripercuotersi negativamente sulle richieste avanzate dall'istante.

L'operatore Telecom Italia a seguito di richiesta di documentazione ai fini di integrazione dell'istruttoria, specifica che: "nelle schermate pitagora (allegate in atti), sono presenti i seguenti ordini: attivazione standard npg olo Fastweb eseguita il 24 settembre 2009 con mantenimento aggiuntivo; attivazione standard npg olo Vodafone eseguita il 3 giugno 2011 senza mantenimento aggiuntivo; cessazione/rientro inserita da Telecom eseguita il 4 gennaio 2012, la linea è rientrata nella rete Telecom con ol emesso in crm il 21 dicembre 2011", per la linea adsl invece c'è una richiesta di bitstream asimmetrico di migrazione da Vodafone a Alice espletata ok il 4 gennaio 2012 con linea aggiuntiva".

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 le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione, in data 19 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 ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

2. Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto la mancata portabilità e la perdita della risorsa numerica da parte dell'operatore Vodafone Omnitel.

2.1 Sulla mancata migrazione dell'utenza ^{xxxx}.

A questo proposito 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. È noto l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte (Cass. Civ. n.2387/04), secondo il quale *"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"*. La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante *"conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese"*, ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore. A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'AGCOM, avviata con la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, recante *"Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso"*, che prevede misure *"a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3 della legge 2 aprile 2007 n. 40"*.

Specificamente, la delibera 274/07/CONS introduce una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi. In particolare, l'articolo 17 detta alcuni principi di carattere generale relativi alle procedure di migrazione/attivazione, stabilendo al comma 2 che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale e al comma 12 che le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori e che non sono ammesse causali generiche che non individuino l'effettivo problema riscontrato. La delibera n. 68/08/CIR (Disposizioni in merito alla capacità giornaliera di evasione delle richieste di migrazione ai sensi della delibera n. 274/07/CONS), con cui è stato imposto a ciascun operatore, in qualità di operatore donating, di mettere a disposizione degli altri operatori una capacità giornaliera di evasione degli ordinativi da intendersi come potenzialità minima da assicurare nei confronti delle richieste di migrazione complessivamente provenienti dagli operatori recipient (articolo 1). Il successivo articolo 3 ha poi stabilito che al verificarsi di accumuli di arretrati di lavorazione di ordinativi di migrazione, gli operatori donating e recipient interessati sono tenuti a cooperare nell'adottare misure straordinarie per lo

smaltimento di tali arretrati, individuando le modalità operative idonee a minimizzare gli impatti e i disservizi all'utenza. Per quanto riguarda la c.d. procedura "OLO2OLO" (quelle in cui un consumatore intenda trasferire la propria utenza da un operatore donating "OLO" - vale a dire, diverso da Telecom - ad un altro "OLO"), disciplinata dalla delibera 274/07/CONS e dalle successive integrazioni e modifiche, l'AGCOM ha previsto che la relativa attivazione sia effettuata a cura dell'utente, che, allo scopo, può contattare il suo nuovo operatore recipient oppure il proprio donating. Va tuttavia sottolineato che il ruolo assegnato all'utente all'interno di tale procedura si esaurisce nella fase di avvio della stessa, di talché il buon esito di quest'ultima dipende in misura pressoché esclusiva dai suddetti operatori recipient e donating cui sono rimesse tutte le verifiche e gli adempimenti tecnici necessari. L'art. 18 della delibera conferisce infatti un ruolo fondamentale agli operatori donating e recipient, dal cui comportamento diligente dipende, in concreto, l'effetto utile del diritto previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/07.

Ne consegue che, com'è possibile evincere dal quadro normativo e regolamentare in precedenza richiamato, in assenza di un comportamento pienamente diligente e collaborativo da parte di tali soggetti, il compimento della procedura di migrazione secondo la volontà dell'utente può risultare compromesso e il relativo diritto vanificato.

Gli operatori recipient e donating possono interrompere la migrazione o richiedere la rimodulazione della data attesa di consegna solo in casi eccezionali e non dipendenti dalla propria volontà, secondo quanto previsto all'articolo 17, comma 12, della medesima delibera 274/07/CONS.

Ciò premesso, pertanto, per la determinazione della misura dell'indennizzo, in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP, ed al principio di equità stabilito nell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, si ritiene di dover prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti. Venendo al caso in esame, si valutano i seguenti elementi: a) tipo di contratto (utenza business) b) durata complessiva del ritardo nella migrazione; c) il disagio patito.

Così propedeuticamente delimitati i confini giuridici della controversia è possibile passare all'esame del merito.

Nella fattispecie, l'utente ha lamentato la ritardata attivazione del contratto stipulato con l'operatore Vodafone. Quest'ultima oltre a una mera dichiarazione in memoria non ha prodotto documentazione, dalla quale si evince che la ritardata migrazione, richiesta dall'odierno istante non è imputabile all'operatore. La Vodafone aveva l'onere di dimostrare che la mancata o ritardata attivazione fosse dipesa da causa ad essa non imputabile; così come aveva l'onere di dimostrare di avere tempestivamente informato l'utente delle eventuali difficoltà tecniche e/o amministrative incontrate nell'adempimento delle obbligazioni. Sicché, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, ovvero che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, deve ritenersi per ciò la responsabilità contrattuale di Vodafone, ex art. 1218 c.c.. Valutati tutti gli elementi appena esposti, si ritiene di riconoscere all'istante, un indennizzo pari a € 1.230,00 (milleduecentotrenta/00) per la ritardata migrazione in Vodafone dal 1 febbraio 2011 al 3 giugno 2011 (data di attivazione della migrazione) per complessivi 123 giorni da calcolarsi conformemente a quanto stabilito dal combinato disposto di cui agli artt. 6 comma 1, al parametro giornaliero di Euro 5,00, comma 1, e 12 comma 2 (utenza di tipo "affari"), della delibera 73/11 CONS, allegato A.

2.2 Sulla perdita della numerazione relativa alla seconda utenza xxxx.

Circa la richiesta di indennizzo formulata dall'istante per aver perso la titolarità del numero telefonico, occorre evidenziare essa non può essere accolta in quanto troppo generica e non supportata da prove.

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:

- Indennizzo di Euro 1.230,00 (milleduecentotrenta/00), per la ritardata portabilità dell'utenza, dal 1 febbraio 2011 al 3 giugno 2011 (data di attivazione della migrazione) per complessivi 123 giorni, tenendo in considerazione il combinato disposto di cui agli artt. 6, comma 1, e 12 comma 2 (utenza tipo "affari") della delibera 73/11 CONS, allegato A;

Atteso che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Co.Re.Com. 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, l'udienza di conciliazione si è conclusa 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, titolare dell'esercizio commerciale "xxxx", in data 16 luglio 2012. Per il che la società Vodafone Omnitel è tenuta a corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, la seguente somma:

a) Indennizzo di Euro 1.230,00 (milleduecentotrenta/00) per la ritardata portabilità dell'utenza, tenendo in considerazione il combinato disposto di cui agli artt. 6, comma 1, e 12 comma 1 (utenza tipo "affari") della delibera 73/11 CONS, allegato A;

b) le spese di procedura sono compensate;

2) È fatta salva per l'istante 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