

Co.Re.Com. Cal./FG

DELIBERAZIONE N.95

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - ITAL XXXXXXXXX c/VODAFONE OMNITEL XXX

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 15/05/2014, 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 ss.mm. e ii.;

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 ss.mm. e ii.;

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 21 ottobre 2013, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 45344, con cui la ITAL XXXXXX ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la società VODAFONE OMNITEL XXX, 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 ss. mm. e ii.;

la nota del 4 novembre 2013 (prot. n. 46786), con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

la nota di convocazione del 31 gennaio 2014, prot. n. 4577, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 17 febbraio 2014, alla relativa udienza di discussione;

il verbale di udienza del 17 febbraio 2014;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La ricorrente ha dichiarato quanto segue:

nel dicembre 2012, già cliente del servizio mobile Vodafone, ha ricevuto proposta di migrazione anche per la linea fissa aziendale e adsl;

prima dell'adesione contrattuale è stato effettuato sopralluogo nella località in cui ha sede la società, "per verificare la sussistenza della copertura delle linee, nonché la predisposizione dell'impianto aziendale per l'installazione della relativa apparecchiatura necessaria per la somministrazione dei servizi";

i tecnici hanno confermato la sussistenza di tutte le condizioni tecniche necessarie, ed il 24 dicembre 2012 aderiva formalmente alla proposta di fornitura servizio fisso, mobile (con servizi tra loro interdipendenti) e adsl, migrando in Vodafone;

sono stati inviati gli apparati tecnici (telefoni modem ed apparati mobili) con le fatture n. XXXXXX, dell'11 febbraio 2013, di € 1.161,60, e n. XXXXXX, del 15 febbraio 2013, di € 842,16;

sin dal primo giorno di attivazione, avvenuta nella prima settimana di marzo, si verificava un pessimo funzionamento del servizio. Il disservizio provocava intere giornate di isolamento delle linee;

gli interventi tecnici, seppur eseguiti, risultavano vani. I numerosi incaricati non riuscivano a stabilire le cause del disservizio, né Vodafone proponeva soluzione alcuna del problema, limitandosi a formulare scuse a mezzo degli operatori di turno;

il 27 marzo 2013, è stata chiesta la migrazione all'operatore Telecom, e, contestualmente, a mezzo raccomandata, è stato intimato all'operatore inadempiente di provvedere all'immediato ritiro degli apparati tecnici forniti all'atto dell'erogazione del servizio;

nonostante la promessa di non pretendere nulla per servizi non somministrati, Vodafone ha emesso due fatture del 9 marzo 2013 di € 913,22 e del 14 maggio 2013 di € 1.279,84;

in perfetta buona fede e sulla scorta di quanto riferito dall'operatrice, non è stato bloccato l'ordine di pagamento presso il proprio istituto di credito (il pagamento avveniva con addebito tramite RID), per cui la prima delle suddette fatture è stata pagata;

con raccomandata del 30 maggio, sono state contestate le fatture emesse, chiedendone l'annullamento e nel contestualmente si è resa nota la migrazione verso l'operatore Telecom;

è stata negata la sussistenza della migrazione in Telecom (avvenuta il 21 maggio 2013 giusta comunicazione a firma Telecom) e continuavano ad essere mantenuti attivi sulle linee servizi "che non avevano altro scopo che ostacolare la somministrazione del servizio a cura del nuovo operatore ingenerando ulteriori disturbi tecnici e caos, continuando a generare fatture per servizi mai erogati";

con raccomandata del 19 giugno, è stato intimato ancora una volta di provvedere all'annullamento delle fatture emesse ed a inviare la specifica delle somme da pagare per il servizio di sola telefonia mobile. Anche tale diffida è rimasta disattesa, per contro il 12 luglio Vodafone ha emesso ulteriore fattura di € 1.582,37.

Per i suesposti motivi, il 20 giugno 2013 l'istante ha promosso, davanti a questo Co.Re.Com., il procedimento di conciliazione, che si è concluso con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

Il 12 settembre 2013 è stata emessa altra fattura di € 1.519,82.

Con istanza introduttiva del presente contenzioso, ribadendo le proprie doglianze ha richiesto a questo Co.Re.Com., l'annullamento di 6 fatture emesse sino al mese di ottobre 2013 e di altre in emissione; il rimborso dell'importo di € 913,22, relativo alla fattura XXXXX pagata il 28 marzo 2013; risarcimento per mancata erogazione del servizio e per disagi derivanti dalla migrazione in Telecom; il risarcimento pari a € 12.000,00 per i danni causati all'azienda, nonché le spese di procedura.

A seguito di nota di avvio del procedimento, il gestore, con memoria del 2 dicembre 2013, ha specificato:

nei propri sistemi non risulta nessuna richiesta di passaggio ad altro operatore e l'istante è stato invitato a fare la relativa richiesta con il codice di migrazione fornito.

Con memoria di replica del 17 dicembre 2013, la ricorrente ha controdedotto ai rilievi sollevati dall'operatore:

la migrazione è avvenuta con le modalità notoriamente in uso: il 21 maggio 2013, Telecom ha comunicato formalmente la regolarità della migrazione;

la fattura relativa agli apparati fissi forniti dal gestore (restituiti) non è stata mai stornata. Non sono state stornate mai tutte le fatture relative ai costi del servizio di cui non si è mai usufruito a causa del malfunzionamento;

con raccomandata del 6 agosto 2013, è stato richiesto, relativamente ai due apparati mobili, che fosse operato lo scorporo del solo costo di servizio mobile (richiesta rimasta inevasa);

Vodafone ha operato uno storno fatture, considerando la situazione contrattuale come recesso anticipato e non come risoluzione per inadempimento da parte del gestore.

All'udienza di discussione, tenutasi in data 17 febbraio 2014, il gestore ha proposto di transigere la controversia mediante lo storno delle ultime tre fatture insolute per un importo totale di circa 5.300,00 con l'impegno per l'utente di pagare, anche ratealmente, il residuo. L'istante non ha accettato la proposta.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

In via preliminare, è opportuno rilevare che la ricorrente ha avanzato domande assolutamente nuove, che non sono state oggetto del precedente tentativo di conciliazione.

Nello specifico, con la domanda del precedente tentativo, l'istante ha richiesto: 1) risoluzione del contratto per grave inadempimento; 2) storno delle fatture; 3) risarcimento dei danni subiti. Nella presente procedura viceversa, il ricorrente ha richiesto, altresì: 1) risarcimento per mancata erogazione del servizio; 2) risarcimento per disagi derivanti dalla migrazione; 3) il risarcimento pari a € 12.000,00 per i danni causati all'azienda.

L'ampliamento dell'esame alle nuove questioni, comporterebbe l'elusione del principio di obbligatorietà della fase conciliativa, pertanto le stesse devono essere dichiarate inammissibili (cfr. DELIBERA N. 17/10/CRL).

Ciò premesso, si rileva che la domanda di risarcimento del danno formulata dall'istante esula dalla competenza di questo Co.Re.Com. chiamato solo a verificare la sussistenza del fatto obiettivo, cui si correla il riconoscimento di un congruo indennizzo, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, della delibera 173/07/CONS. Tuttavia, resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

Per quanto sopra evidenziato, ne consegue che la domanda di risarcimento danni, avanzata dalla ricorrente, deve intendersi come domanda di condanna di Vodafone al pagamento di un indennizzo, quale conseguenza delle contestazioni oggetto del presente procedimento.

Appare, inoltre, utile dar conto del comportamento tenuto dalle parti nelle due fasi procedurali e, dunque, evidenziare che l'operatore convenuto ha aderito all'udienza di conciliazione. Peraltro, il gestore ha cercato di definire bonariamente la controversia all'udienza di discussione. Nello specifico, ha proposto di transigere la controversia, mediante lo storno delle ultime tre fatture insolute per un importo totale di circa 5.300,00, con l'impegno per l'utente di pagare, anche ratealmente, il residuo. L'istante non ha accettato la proposta.

L'udienza di discussione si è tenuta il 17 febbraio 2014.

2. Riguardo al merito.

Le domande nuove sono inammissibili. Prima di entrare nel merito della contestazione sollevata dal ricorrente, ed al fine di delimitare l'ambito del petitum, occorre precisare che l'esame del procedimento verte sostanzialmente sul malfunzionamento dei servizi ed il conseguente riconoscimento dello storno delle fatture.

2.1. Con riferimento al malfunzionamento ed allo storno

Nel merito, deve osservarsi che nel dicembre 2012, l'istante, già cliente del servizio mobile Vodafone, ha ricevuto proposta di migrazione anche per la linea fissa aziendale e adsl.

Il 24 dicembre 2012, in seguito a sopralluogo, i tecnici hanno confermato la sussistenza di tutte le condizioni tecniche necessarie *"alla predisposizione dell'impianto aziendale per l'installazione della relativa apparecchiatura necessaria per la somministrazione dei servizi"*, sicchè si aderiva formalmente alla proposta di fornitura del servizio fisso, mobile e adsl, migrando in Vodafone.

Sin dal primo giorno di attivazione, avvenuta nella prima settimana di marzo, si è verificato un pessimo funzionamento del servizio, ossia le linee erano isolate per intere giornate.

Gli interventi tecnici sono risultati vani e gli incaricati non sono riusciti a individuare le cause del disservizio. Per questi motivi, il 27 marzo 2013, è stata chiesta la migrazione in Telecom.

Ciò detto, si evidenzia che, nelle proprie memorie, Vodafone si è limitata a precisare che nei propri sistemi non risulta nessuna richiesta di passaggio ad altro operatore e che l'istante è stato invitato ad avanzare la relativa richiesta con il codice di migrazione fornito.

L'operatore non ha, invece, fatto alcun riferimento al disservizio de quo ed all'adeguata individuazione delle ragioni dello stesso, né ha dimostrato di avere garantito l'erogazione del servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, in conformità a quanto disposto dall'articolo 3 comma 4 della delibera 179/03/CSP ed alla luce dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sezione II, 20 gennaio 2010 n.936) che ha acclarato: *"il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa. 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, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento."*

Per di più, riguardo la richiesta di storno Vodafone non ha confermato la legittimità degli addebiti.

Orbene, considerato che dall'istruttoria condotta non emerge prova della soluzione del malfunzionamento e della adeguata individuazione delle ragioni del disservizio de quo; considerato, anche, che all'udienza di discussione del 17 febbraio 2014, *"il gestore ha proposto di transigere la controversia mediante lo storno delle ultime tre fatture insolute per un importo totale di circa 5.300,00 con l'impegno per l'utente di pagare, anche ratealmente, il residuo"*, si può affermare che quanto sopra evidenziato non esime il gestore da responsabilità per inadempimento, in ordine al periodo considerato.

Alla luce di ciò, la richiesta di storno e/o rimborso delle somme addebitate dall'operatore deve essere accolta.

2.3 Con riferimento al rimborso ed all'annullamento delle fatture

Per quanto evidenziato al punto 2.1, è opportuno, in primis, specificare che Vodafone ha emesso:

- 1) le fatture n. XXXX, dell'11 febbraio 2013, di € 1.161,60 (costo iphone) e n. XXXXXXX, del 15 febbraio 2013, di € 842,16 (costo degli apparati tecnici, ossia telefoni modem ed apparati mobili);
- 2) la fattura XXXXX, del 9 marzo 2013, di € 913,22 (saldata il 28 marzo 2013 in quanto il Rid non veniva bloccato dalla ricorrente);
- 3) la fattura del 14 maggio 2013 di € 1.279,84;
- 4) la fattura del 12 luglio 2013 di € 1.582,37;
- 5) la fattura del 12 settembre 2013, di € 1.519,82.

Riguardo alle fatture al punto 1), la ricorrente è tenuta al pagamento di € 1.161,60 in quanto relativo al costo dell'iphone, nel mentre è tenuta a pagare € 842,16, attinente agli apparati tecnici, solo se non li ha restituiti.

Per quanto concerne la fattura al punto 2), Vodafone è tenuta a rimborsare l'importo di € 913,22, in quanto già saldata in data 28 marzo 2013, sebbene per il periodo di emissione della stessa, il ricorrente non abbia usufruito dei servizi.

Infine, Vodafone, per non avere erogato i servizi nel periodo di emissione, dovrà annullare le fatture ai punti 3), 4), 5), per un importo totale pari ad € 4.382,03.

Ritenuto, altresì, 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. Con riferimento alle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista 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, l'operatore ha aderito all'udienza di conciliazione, e parimenti ha partecipato all'udienza di discussione tenutasi in data 17 febbraio 2014, proponendo di transigere la controversia mediante lo storno delle ultime tre fatture insolute per un importo totale di circa 5.300,00 con l'impegno per l'utente di pagare, anche ratealmente, il residuo. L'istante non ha accettato la proposta.

Per quanto sopra precisato, si ritiene non accoglibile la richiesta di rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto;

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., 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'inammissibilità delle domande nuove;
- 2) Vodafone Omnitel XXX è tenuta a:
 - a) rimborsare la fattura XXXXX, del 9 marzo 2013, di € 913,22;
 - b) annullare le fatture del 14 maggio 2013 di € 1.279,84; del 12 luglio 2013 di € 1.582,37; del 12 settembre 2013, di € 1.519,82, per un importo totale di € 4.382,03.Nulla è dovuto in ordine alle spese di procedura.
- 3) La ricorrente è tenuta a pagare l'importo di € 1.161,60 (iphone), per la fattura n. XXXXX, dell'11 febbraio 2013, nel mentre è tenuta a pagare la fattura n. XXXXX, del 15 febbraio 2013, di € 842,16 solo se non ha restituito gli apparati tecnici.
- 4) Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- 5) E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 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.;

- 6) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
- 7) 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;
- 8) L'operatore VODAFONE OMNITEL XXX 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. Lgs 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

V. Il Direttore

F.to Avv. Rosario Carnevale

Il Presidente

F.to Prof. Alessandro Manganaro