

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 162

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Caravelli Xxxxxxx c/ Vodafone Omnitel XXXXXXXX

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 24/09/2012, 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 5 marzo 2012, acquisita al protocollo del Co.Re.Com. Calabria n. 11568, con cui l'utente Caravelli Xxxxxxx ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Calabria per la definizione della controversia in essere con la società Vodafone Omnitel XXXXXXXX, 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 15 marzo 2012 (prot. n. 13582), 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;

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'utente Caravelli Xxxxxxx ha promosso, dinanzi a questo Co.Re.Com., un procedimento di conciliazione nei confronti della società Vodafone Omnitel XXXXXXXX. La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

Il 5 marzo 2012, l'istante ha domandato la definizione della controversia.

Il ricorrente ha esposto di aver stipulato un contratto di abbonamento per due utenze mobili, categoria *business*. Il 15 dicembre 2011, entrambe le utenze sono state, arbitrariamente e senza alcun preavviso, sospese dal gestore per circa 7 (sette) ore. Immediatamente, l'utente ha contattato il servizio di assistenza, apprendendo che il servizio è stato interrotto per un presunto mancato pagamento delle fatture. Chiarito il disagio, dopo circa un'ora, il servizio veniva riattivato.

L'indebita sospensione ha arrecato grave nocumento al ricorrente, titolare dell'omonima azienda agricola, in quanto le due utenze vengono utilizzate per ragioni lavorative. In particolare, gli ordini di acquisto e di vendita sono, rispettivamente, ricevuti ed impartiti attraverso le due numerazioni.

L'utente, pertanto, ha chiesto un risarcimento del danno, quantificato nella misura di € 1.000,00, per lo stress ed i disagi subiti, nonché per il grave danno di natura economica finanziaria patito, oltre alla corresponsione delle spese legali in misura congrua.

Vodafone Omnitel, ritualmente costituita, ha eccepito quanto segue:

- a) diversamente da quanto affermato dall'istante, la fattura con data di scadenza 16 novembre, il cui mancato pagamento ha cagionato la sospensione del servizio, è stata pagata, soltanto il 2 dicembre 2011;
- b) il servizio è stato sospeso per 3 (tre) ore e solo in uscita;
- c) le C.G.C. sottoscritte dall'utente, prevedono l'invio di una comunicazione scritta solo in occasione della disattivazione.

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'**art. 14 del Regolamento** ed è pertanto procedibile.

Si rammenta, altresì, 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, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia mobile. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione *"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. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Con riferimento alla sospensione delle due utenze

L'utente, come visto, ha lamentato la sospensione delle due utenze senza preavviso. Le ragioni della sospensione sarebbero da ascrivere ad una presunta pregressa morosità dell'utente. Sempre secondo quanto dedotto dalla ricorrente, le utenze, quindi, sarebbero state sospese il 15 dicembre 2011 e, in seguito, riattivate dopo circa 7 ore.

Il gestore ha ammesso la sospensione del servizio, ma ha eccepito la legittimità della sua azione, in forza di quanto espresso nelle condizioni generali di contratto. Vodafone ha altresì dedotto che la sospensione (*rectius*: restrizione) dei servizi è perdurata per circa tre ore, depositando all'uopo la copia della schermata di sistema.

L'indagine probatoria, esperita nel corso del procedimento, conduce tuttavia, all'accertamento di una responsabilità del gestore.

Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti, si giunge a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, in tema di fornitura del servizio nell'ambito del settore delle telecomunicazioni, è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"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 e 936/10**). Parimenti consolidato è il principio di vicinanza della prova, anch'esso fatto proprio da questo Co.re.com., secondo cui: *"l'onere della prova, poi, dev'essere ripartito oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio"* (**Cass. Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e 10 gennaio 2006 n. 141**). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce degli anzidetti criteri di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente della sospensione del servizio, era onere del gestore contestare l'affermazione, dimostrandone la fornitura, ovvero provare il rispetto della regolamentazione vigente in materia di sospensione dell'utenza, da ultimo disciplinate dall' **art. 5, delibera 173/07/CONS**, allegato A. L'anzidetto dettato normativo

impone al gestore l'obbligo di preavviso in caso di sospensione dell'utenza. La disposizione recita testualmente: *"fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore....omissispuò disporre la sospensione del servizio solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento"*. Orbene, le Condizioni Generali di Contratto del Gestore, laddove prevedono l'invio di una comunicazione scritta solo in occasione della disattivazione (e non della sospensione), vengono superate da quanto disposto in sede regolamentare. Com'è noto, infatti, in base al grado di vincolatività, le norme si possono distinguere in inderogabili o cogenti, ovvero in derogabili o dispositive. Le prime, a differenza delle seconde, sono quelle la cui applicazione è imposta dall'ordinamento prescindendo dalla volontà dei singoli. Nel caso che ci occupa, la norma di cui **all'art. 5, delibera 173/07/CONS**, ha natura cogente e si sovrappone, sostituendola, alla clausola contrattuale invocata da Vodafone, riconducendola nell'alveo previsto dall'Autorità ed auspicato dal Legislatore. L'esame degli atti comprova, quindi, l'illegittimità della sospensione posta in essere da Vodafone, in quanto **non preceduta da congruo preavviso**, sicché merita accoglimento la richiesta dell'utente di corresponsione di un indennizzo.

3 Indennizzi, rimborsi e storni.

All'istante dovrà, quindi, essere corrisposto un indennizzo per la sospensione delle due utenze per la giornata del 15 dicembre 2011.

Circa il *quantum* dell'indennizzo, si ricorre alla previsione espressa nell'**art. 4**, della **delibera 73/11/CONS**, secondo cui: *"nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad € 7,50 per ogni giorno di sospensione"*. Siffatto parametro è poi da raddoppiare, ai sensi dell'**articolo 12, comma 2, dello stesso regolamento**, in considerazione della natura "business" delle utenze interessate dal disservizio.

All'utente dovrà, dunque, essere corrisposto un indennizzo di **€ 30,00 (trenta/00)**, per un giorno di indebita sospensione delle due utenze. La sospensione senza preavviso è un fatto grave il cui avveramento impone una reazione adeguata alle circostanze, ma sempre proporzionata. Pertanto a fronte dell'indebita sospensione del servizio di sole tre ore, l'indennizzo quantificato *uti supra* appare congruo, in quanto commisurato all'intera giornata. La domanda di risarcimento, invece, siccome già espresso nell'apposito capo, è da ritenersi inammissibile in questa sede.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

4 Sulle spese di procedura.

L'**art. 6 del Regolamento** 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"* e che *"quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi"* vadano comunque *"rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione"*.

A tale proposito, è d'uopo sottolineare, la partecipazione di un delegato dell'utente all'udienza di conciliazione, l'accoglimento parziale dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'**articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS** - l'importo di **€ 50,00 (cinquanta/00)**, in favore dell'utente, a titolo di rimborso spese di procedura di conciliazione e 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. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza proposta dall'utente Caravelli Xxxxxxx, con rigetto delle ulteriori domande.

La società Vodafone Omnitel XXXXXXX, è tenuta, pertanto, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) € 30,00 (trenta/00), per la sospensione di due utenze, senza preavviso;
- 2) € 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, 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.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'**articolo 11, comma 4, della delibera n. 179/O3/CSP**.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS 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.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito *web* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
f.to Avv. Rosario Carnevale