

DELIBERA N. 119

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

APICELLA - VODAFONE ITALIA SPA (HO.MOBILE - TELETU) (GU14/24894/2018)

Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 03/07/2019;

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*”;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 296/18/CONS;

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*” (di seguito “*Regolamento sugli indennizzi*”), come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.);

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza di APICELLA del 01/10/2018 acquisita con protocollo N. 0144679 del 01/10/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

A seguito dell’udienza di conciliazione, tenutasi in data 01/10/2018, l’istante ha presentato istanza di definizione in data 01/10/2018.

L'istante lamenta mancata/tardiva risposta a reclami, sospensione amministrativa dell'utenza, perdita titolarità della numerazione, nei confronti della società Vodafone Italia X (Ho.Mobile), d'ora in poi Vodafone. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nel corso dell'audizione e del procedimento stesso, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- In data 30/03/2018 il gestore, senza alcun preavviso, disattivava la numerazione 342XXXX734 lasciando l'istante senza linea e senza numero.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto: a)

Riattivazione del numero;

b) Indennizzo per i giorni in cui non ha potuto usufruire del servizio;

c) Indennizzo per mancata risposta al reclamo.

Quantifica rimborsi e indennizzi richiesti in euro 1.200,00.

L'istante ha poi replicato alla memoria presentata del gestore in data 12/12/2018 ribadendo il mancato preavviso, con violazione dell'art. 10 delle Condizioni Generali di Contratto e dell'art. 5.1 Allegato A alla delibera Agcom n. 347/18/CONS. Ha quindi aggiunto che, dopo il passaggio ad altro operatore in data 30/03/2018, riceveva da Vodafone la proposta di ritornare suo cliente, proposta che decideva di accettare acquistando una nuova SIM.

2. La posizione dell'operatore

Vodafone precisa che la numerazione *de qua* non è stata disattivata bensì sospesa ai sensi dell'art. 10 delle Condizioni Generali di Contratto previa comunicazione di sospensione inviata all'utente. Nel merito, quindi, relativamente alle richieste avanzate, eccepisce che in base a quanto stabilito dalla delibera Agcom n. 203/18/CONS, art. 20, comma 4, *"L' Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell'istanza con il provvedimento che definisce la controversia ordina all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità"*.

Ne deriva, pertanto, l'inammissibilità di ogni richiesta risarcitoria del danno.

Manca, inoltre, una qualsiasi imputazione ad una specifica norma del Contratto, della Carta dei servizi nonché delle Delibere AGCOM, così come richiesto, invece, dalla suddetta delibera. Né, tanto meno, la parte ricorrente ha prodotto prove a sostegno della propria tesi che possano, conseguentemente, comportare una dichiarazione di responsabilità del gestore.

3. Motivazione della decisione

Nel caso di specie trova applicazione *ratione temporis* il Regolamento sugli indennizzi di cui alla delibera n. 73/11/CONS, come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate da parte istante vengono parzialmente accolte come di seguito precisato.

a) Le richieste di cui ai punti a) - riattivazione del numero telefonico - e c) - indennizzo per mancata risposta al reclamo – sono inammissibili in quanto domande nuove rispetto a quelle formulate nel prodromico procedimento di conciliazione e vengono pertanto rigettate.

Ai sensi dell'art. 14, comma 3, del “Regolamento”, infatti, l'istanza GU14 contiene, a pena di inammissibilità, le medesime informazioni di cui all'art. 6, comma 1. Nel caso di specie, l'istanza dell'utente presentata in fase di definizione avrebbe dovuto riportare le stesse richieste avanzate in sede di conciliazione.

b) La richiesta di cui al punto b) - di indennizzo per il periodo di mancata fruizione del servizio - viene accolta come nel seguito specificato. Vodafone ha rilevato che la numerazione non è stata disattivata, bensì sospesa previa relativa comunicazione inviata all'utente in conformità all'art. 10 delle Condizioni Generali di Contratto (più brevemente CGC) “Uso personale e abuso”. L'istante lamenta a sua volta l'assenza di preavviso in violazione dell'art. 5.1 dell'Allegato A alla delibera Agcom n. 347/18/CONS. Se le parti sono dunque concordi nel riconoscere la sospensione del servizio, non lo sono altrettanto sull'avvenuto preavviso. Mentre l'utente evidenzia la mancanza di qualsiasi forma di preavviso, il gestore produce agli atti, a supportare l'avvenuta comunicazione di sospensione, le “Condizioni Generali di Contratto per il servizio Mobile Prepagato” che contemplano, tra le altre cose, la facoltà di Vodafone di interrompere la prestazione dei servizi. E' utile a tal proposito rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 Codice Civile (*“Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”*), nonché l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 13533/2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009 n. 15677 e, da ultimo, 20 gennaio 2010 n. 936) secondo la quale il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, 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. Sempre secondo la Suprema Corte (sent. 1 aprile 2009 n. 7962; 9 giugno 2008 n. 15162) l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697

C.C., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in

quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo. Tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. In base a tali principi, avendo l'istante dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, spettava all'operatore l'onere di provare di avere esattamente adempiuto, ovvero di aver provveduto alla sospensione dell'utenza solo dopo aver adeguatamente preavvisato l'utente di quanto si accingeva a fare. Qui l'operatore non ha fornito alcun elemento utile a sostegno della pretesa legittimità del suo operato, giacché l'allegazione della norma che riconosce la facoltà di sospensione del servizio previa comunicazione al cliente non può sostituire la prova concreta del fatto che quella comunicazione preventiva sia stata effettivamente inviata all'utente. Né rappresenta un'esimente la circostanza che il citato art. 10 delle CGC disciplini l'uso personale e l'abuso dei servizi oggetto del contratto di telefonia e riconosca dunque all'operatore la facoltà di interrompere le proprie prestazioni. Ne consegue, dunque, che il comportamento di Vodafone non è stato conforme a quanto previsto dalle disposizioni in materia. La sospensione risulta affetta da illegittimità e, come tale, va riconosciuto all'istante un indennizzo proporzionato al disagio subito. Per il calcolo dell'indennizzo viene in rilievo l'art. 5, comma 1, dell'Allegato A alla Delibera n. 347/18/CONS "Regolamento indennizzi", il quale prevede che *"nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi, avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del previsto preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari ad euro 7,50 per ogni giorno di sospensione"*. Tale norma è da leggere in combinato disposto con l'art. 13, comma 6, del "Regolamento indennizzi" per cui *"in caso di utenza mobile ... il servizio di accesso alla rete è considerato unico ai fini del calcolo degli indennizzi"*. Il periodo da considerare a tali fini è di 146 giorni. In assenza di precise indicazioni ed evidenze, quale *dies a quo* è stato considerato il 08/05/2018, data in cui l'istante colloca la presentazione del reclamo e che l'operatore non ha mai contestato. *Dies ad quem* è la data dell'udienza di conciliazione, svoltasi il 01/10/2018. L'indennizzo giornaliero di euro 7,50 andrà dunque moltiplicato per 146 giorni, per complessivi euro 1.095,00.

Per questi motivi, il Corecom, all'unanimità

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di Apicella nei confronti della società Vodafone Italia X per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società Vodafone Italia X è tenuta a pagare in favore dell'istante il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

I. euro 1.095,00 (millenovantacinque/00) a titolo di indennizzo per mancata fruizione del servizio.

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

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, ai sensi dell'art. 20, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'art. 20, comma 3, del citato Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'art. 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 03/07/2019

IL PRESIDENTE
Stefano Cuppi