

DELIBERA n° 145 / 2020

Definizione della controversia

XXXXXXXXX / VODADONE ITALIA S.p.A.

GU14/354/2018

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI DELLA SICILIA

nella seduta del 08/07/2020

- VISTA** la legge 14 novembre 1995, n°481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione dell’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 legge regionale 26 marzo 2002 n°2, successivamente modificata e integrata, ed in particolare l'art. 101 che ha istituito il “*Comitato Regionale per le Comunicazioni della Regione Siciliana*” (CORECOM);
- VISTO** l'accordo quadro del 28 Novembre 2017 tra
- l'Autorità per le Garanzie nella Comunicazione;
 - la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome;
 - la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province Autonome;
- VISTO** l'art. 5 lettera e) della Convenzione tra l'AGCOM e il CORECOM SICILIA per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, in vigore dal 1° Gennaio 2018, con la quale, ai sensi dell'art. 22 comma 1 del “*Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*” allegato A della Delibera n°173/07/CONS del 19 aprile 2007 (di seguito “*Regolamento*”), l'Autorità ha delegato il CORECOM SICILIA alla definizione delle controversie di cui all'art. 2 del “*Regolamento*”;
- VISTO** il “*Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, approvato con delibera n°173/07/CONS del 19 aprile 2007, e successive modificazioni;

- VISTO** il “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, adottato con delibera n°73/11/CONS del 16 febbraio 2011;
- VISTA** l’istanza di definizione **sig.ra XXXXXXXXX** acquisita 28 maggio 2018 al n. prot. 28872;
- VISTI** gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria e verificata la regolarità;
- CONSIDERATA la posizione dell’istante:**
- Con l’istanza di definizione, la sig.ra **XXXXXXXXXX** contesta, all’operatore **Vodafone Italia S.p.A.** (di seguito Vodafone), in relazione alle utenze fisse di **tipo privato XXXXXXXXXXXX-XXXXXXXXXX**, mancata o parziale fornitura del servizio, spese/fatturazioni non giustificate, mancata portabilità.
- L’utente rappresenta che in data 27/2/2017 a mezzo call-center, stipulava con la Vodafone un contratto di fornitura per la propria utenza **XXXXXXXXXX**. Nonostante il contratto prevedesse la portabilità del vecchio numero telefonico, tale previsione veniva disattesa e l’operatore attivava il numero provvisorio **XXXXXXXXXX**. Più volte su richiesta dell’istante intervenivano in loco, i tecnici Vodafone, al fine di ovviare al suddetto disservizio ma gli stessi non riuscivano a risolvere il problema. A causa della mancata portabilità del numero, l’istante, perdeva definitivamente la titolarità dello stesso che possedeva da numerosi anni e conosciuto da tutti i suoi familiari e persone care. In data 25/07/17 l’istante formulava recesso con specifico riferimento al numero provvisorio **XXXXXXXXXX** e nel contempo richiedeva indennizzo per la perdita della numerazione **XXXXXXXXXX**, nonchè risarcimento del danno sia per la perdita della numerazione storica che per il disservizio patito. Tale reclamo non veniva riscontrato dalla Vodafone.
- A seguito dell’esito negativo del tentativo di conciliazione, propone istanza di definizione in data 28/05/2018 mediante formulario GU14 nel quale chiede:
- 1) annullamento delle fatture emesse;
 - 2) indennizzo previsto per malfunzionamento del servizio quantificarsi in € 750,00, ossia € 5,00 per ogni giorno per un totale di gg. 148;
 - 3) indennizzo previsto per mancata portabilità del numero da quantificarsi in € 750,00, ossia € 5,00 per ogni giorno di ritardo dalla data del contratto sino al recesso totale di gg. 148;

- 4) indennizzo per perdita di numerazione pari a e.1.000,00
- 5) liquidazione spese legali pari a €1.215,00 oltre rimborso forfettario e C.P.A

CONSIDERATA la posizione dell'operatore:

La **Vodafone Italia S.p.A.**(di seguito Vodafone) nella propria memoria difensiva preliminarmente eccepisce l'inammissibilità/improcedibilità di eventuali richieste che non siano presenti nell'istanza di conciliazione . Nel merito rileva la correttezza gestionale di Vodafone. Precisa di avere inoltrato la richiesta di portabilità in relazione all'utenza in contestazione la quale è stata scartata in quanto "*codice di migrazione errato*". Ritiene quindi che nessuna responsabilità, per l'asserita perdita di numerazione, può essere addebitata a Vodafone in quanto l'operatore Donating non ha mai eseguito il rilascio dell'utenza, né tanto meno può ravvisarsi responsabilità nei confronti della stessa ,nella gestione della portabilità, infatti in presenza di rifiuto da parte del *donating* l'operatore *recipient* non ha nessun possibilità tecnica di espletare l'operazione. Precisa altresì la mancanza di riscontri probatori che possano comportare una dichiarazione di responsabilità del gestore Vodafone per la perdita di numerazione XXXXXXXXXX la quale è rimasta attiva presso il gestore donating ,evidenzia l'inammissibilità di ogni richiesta risarcitoria e richiama a tal fine l'art 19 comma 4 della delibera 173/07/CONS. Evidenzia che l'insoluto dell'istante è pari a euro252,91 e nel contempo chiede, atteso quanto sopra argomentato il rigetto dell'istanza e delle richieste di indennizzo e storno formulata dall'istante .

Controdeduzioni dell'istante

L'istante, a mezzo proprio delegato, replica alle contestazione dell'operatore evidenziando che Vodafone nella qualità di operatore recipient avrebbe dovuto provare di avere posto in essere tutti gli adempimenti tecnici e formali per portare a buon fine la procedura. L'operatore non ha dato dimostrazione di avere posto in essere tutti gli adempimenti necessari per consentire la portabilità e la presentazione del dettaglio storico , dove si evince il rifiuto della portabilità , non è idoneo ad escludere la responsabilità del gestore. Richiama a tal fine la sentenza della suprema corte n.13533/01 secondo cui il creditore che agisca per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, gravando poi sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. In materia di portabilità incombe

sull'operatore l'onere di dimostrare che l'inadempimento è stato determinato da cause a lui non imputabile o da problematiche tecniche non causate da sua colpa, circostanze e problematiche di cui peraltro l'utente deve essere adeguatamente informato. Allo stesso modo l'operatore dovrebbe dimostrare la tempestività della richiesta inviata all'operatore donating. Nel caso in specie, l'operatore nonostante il reclamo dell'istante, non ha comunicato allo stesso l'esistenza di problematiche incontrate nell'adempimento dell'obbligazione per cui è evidente la sua responsabilità della stipula del contratto al suo recesso. Per le motivazioni di cui sopra la Vodafone è responsabile della perdita della numerazione. Contesta infine l'affermazione dell'operatore che la numerazione è rimasta attiva presso il donating. Insiste in tutte le richieste di cui all'istanza.

CONSIDERATA la motivazione della decisione:

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte.

In via preliminare, non può trovare accoglimento la richiesta di cui al *punto 2) Indennizzo previsto per malfunzionamento del servizio quantificarsi in e.750,00, ossia €5,00 per ogni giorno per u totale di gg. 148* nella considerazione che in atti non si rinviene alcun tracciamento scritto o verbale formulato dall'istante per detto disservizio. Né in sede di deposito dell'istanza, né in itinere del presente procedimento, né ha evidenziato le date o la data in cui si è verificato tale disservizio limitandosi ad indicare solamente 148 giorni. Pertanto non avendo analiticamente indicato sia il *dies a quo* (data di inizio disservizio), né il *dies ad quem* (data di fine disservizio) lo stesso non ha permesso allo scrivente di poter accertare in primis il disservizio stesso e poi di quantificare il *quantum* eventualmente dovuto. In relazione alla richiesta di cui al *punto 3) indennizzo per omessa portabilità*, si significa quanto segue. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass.SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale

o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, 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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi. Gli operatori telefonici devono inoltre fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale, con la conseguenza che qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che le circostanze oggetto di doglianza sono dovute a circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero a problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo, fornendo altresì la prova di avere informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione.

In base a tali principi, provata la fonte negoziale del diritto dell'istante, spettava all'operatore Recipient Vodafone provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per dare seguito alla richiesta di portabilità del numero e provare di avere rispettato i propri oneri informativi circa i tempi della realizzazione dell'intervento o gli eventuali impedimenti tecnici. In mancanza di tale prova deve ritenersi che Vodafone si sia resa inadempiente all'obbligazione contrattuale di portabilità, con diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo, occorre tuttavia valutare anche la condotta tenuta dall'utente, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 c.c., per avere colposamente concorso a cagionare il danno ovvero per non essersi tempestivamente attivato per ridurne o limitarne gli effetti.

Il creditore è infatti gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da

situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato.

Sorge pertanto la necessità - anche 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 - 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: circostanza che si verificherebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto opportuno ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 (*"Codice delle Comunicazioni Elettroniche"*) cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico " (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede. In quest' ottica, assumono particolare rilievo il fatto che l'utente non ha dedotto o circostanziato di aver svolto solleciti o reclami telefonici subito dopo il verificarsi del disservizio, il fatto che ha reclamato il problema per iscritto solo a distanza di

oltre cinque mesi, il fatto che non ha neppure avviato la procedura d'urgenza per l'immediata attivazione del servizio. In considerazione di tale condotta ed in applicazione dei principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto ed anche dell'art.1227 del c.c., si ritiene equo e proporzionale liquidare l'indennizzo dovuto nella misura del 50%, così determinato: per il periodo dal 29 marzo 2017 (considerato il tempo previsto per la migrazione a partire dal 27 febbraio 2017, data della prima richiesta inoltrata a Vodafone) al 25 luglio 2017 (data di recesso) l'indennizzo spettante all'utente, ai sensi dell'art 6.comma 1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato per un totale di giorni 118 pari a €. 590,00 :2 = 280,00 ($5 \times 118 = 590,00; 2 = 280,00$).

In relazione alla richiesta di cui al punto 4) indennizzo per perdita di numerazione pari a €.1.000,00 viene accolta parzialmente. Considerato quanto sopra esposto in ordine alla responsabilità di Vodafone per la mancata portabilità del numero, che ha comportato la perdita della numerazione, la domanda viene accolta, con conseguente diritto dell'istante alla liquidazione di un indennizzo limitatamente ad un anno, non avendo l'utente fornito la prova del possesso della numerazione perduta. Tuttavia, per le ragioni sopra esposte, ai sensi del art 9 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un indennizzo di Euro 100,00.

Infine la richiesta di cui *al punto 1)* può essere accolta .Dalla disamina della documentazione in atti non risulta che l'istante abbia mai richiesto l'attribuzione di numero provvisorio, né che l'operatore abbia mai informato l'istante dell'attivazione dello stesso. In base all'ordinario criterio di riparto dell'onere probatorio, spetta all'operatore fornire la prova che l'utente aveva effettivamente richiesto tale attivazione. In mancanza di tale prova, l'attivazione deve essere considerata illegittima e da diritto all'utente di ottenere una regolarizzazione della propria posizione contabile/amministrativa, poiché in forza dell'art. 3 della Delibera AGCOM n. 664/06/CONS all'operatore non spetta alcun compenso per la fornitura di servizi non richiesti. Pertanto stante l'attivazione non richiesta, come sopra argomentato si può ritenere, conformemente al disposto di cui all'art. 8, comma 1) Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS, nonché in forza dell'art. 3 della Delibera AGCOM n. 664/06/CONS sopra citata, che vada riconosciuto all'istante lo storno delle fatture emesse a qualsivoglia titolo che si quantificano, secondo quanto dichiarato dall'operatore in euro 252,91.

Infine, si ritiene equo riconoscere, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento, la somma di euro 150,00 (centocinquanta/00), a titolo di spese di procedura, considerato che l'istante ha partecipato al procedimento di cui si discute, con l'assistenza del proprio legale di fiducia incaricato della sua rappresentanza. L'importo richiesto di euro 1.215,00 oltre rimborso forfettario e C.P.A. non può essere accolto atteso il mancato deposito in atti, della documentazione probante inerente tale richiesta.

Per i motivi riportati in premessa, che qui si confermano integralmente, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa del presente atto espresso dal Dirigente della Segreteria CORECOM, arch. Francesco Di Chiara, il COMITATO all'unanimità dei presenti,

DELIBERA

- 1) di accogliere parzialmente l'istanza della Sig.ra XXXXXXXXX nei confronti della società Vodafone Italia S.p.A, per le motivazioni di cui in premessa.
- 2) La società Vodafone Italia S.p.A, è tenuta a pagare all'istante, oltre la somma di €.150,00 (centocinquanta/00) a titolo di rimborso per spese di procedura, il seguente importo:
 - Euro 280,00 (duecentottanta /00) a titolo di indennizzo per omessa portabilità;
 - Euro 100,00 (cento/00) a titolo di indennizzo per perdita di numerazione;
- 3) La Società Vodafone Italia S.p.A. è tenuta altresì, a stornare/rimborsare le fatture emesse, ed all'eventuale ritiro della pratica di recupero credito, in merito alle fatture di cui si è disposto lo storno, in esenzione di spese a carico dell'istante.

Ai sensi dell'art. 19 comma 3, del "*Regolamento*" il presente provvedimento costituisce un ordine dell'*Autorità* ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

La società Vodafone Italia S.p.A. è tenuta, inoltre, a comunicare a questo CORECOM SICILIA l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 19, comma 5, del "*Regolamento*".

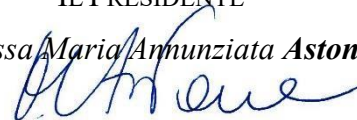
Il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del CORECOM SICILIA e dell'AGCOM.

Palermo, 08/07/2020

IL PRESIDENTE

Prof.ssa Maria Annunziata Astone



Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il Dirigente della Segreteria CORECOM SICILIA

arch. Francesco Di Chiara

