



Verbale n. 25

Adunanza 26 ottobre 2015

L'anno duemilaquindici, il giorno ventisei del mese di ottobre, in Torino, alle ore undici, presso la sede del Corecom, via Lascaris 10, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Bruno GERACI, Presidente, Ezio ERCOLE, componente, e con l'assistenza della signora Maria Grazia Ferro nella funzione di Segretario verbalizzante. E' assente giustificata la Vicepresidente Tiziana Maglione.

Delibera n. 52 – 2015

Oggetto: Definizione della controversia GU14– 321/2014 XXX di GRAFFINO, RINAUDO e TARDIVO/ VODAFONE OMNITEL B.V. (già Vodafone Omnitel N.V.)

VISTA 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, lettera a), n. 14;*

VISTA 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;*

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni;*

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

VISTO 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 Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche;*

VISTA la deliberazione AGCOM 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'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481;*

VISTA l'istanza presentata in data 12.11.2014 con cui XXX di Graffino , Rinaudo e Tardivo , in persona del suo legale rappresentante, ha chiesto l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte (di seguito, Corecom) per la definizione della controversia in essere con VODAFONE OMNITEL B.V. (in seguito, VODAFONE) ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota del 13.11.2014 con cui il Corecom, ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 25.02.2015 con la quale le parti sono state convocate per l'udienza di discussione del 19.03.2015;

UDITE le parti nella predetta udienza, nella quale le medesime si riportavano integralmente alle proprie difese;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del procedimento;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia.

L'istante, nei propri scritti difensivi, rappresenta:

- che in data 22.03.2011 sottoscriveva con l'operatore TIM contratto per il passaggio di n. 4 numerazioni di telefonia mobile da Vodafone oltre 2 NOKIA e un BB a costo zero;
 - che, posto che il contratto non veniva rispettato, veniva richiesto il passaggio in VODAFONE delle quattro numerazioni, ma il n. XXX non passava, mentre veniva attivato il n. provvisorio XXX non richiesto;
- Stante il mancato passaggio della numerazione e il mancato risparmio preventivato, in data 9.01.2013 veniva effettuato il passaggio in TELECOM;
- Poiché anche I nei confronti dell'operatore TELECOM venivano segnalati disservizi, il 22.05.2014 veniva effettuato il passaggio in WIND;

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede all'operatore VODAFONE:

- i. copia del contratto da cui si evince portabilità incondizionata del n. XXX;
- ii. Rimborso € 907,99 + IVA per penali contrarie alle norme vigenti;
- iii. Rimborso € 508,84 per canoni indebitamente pagati sul n. XXX;
- iv. Indennizzo €. 1.150,00 per indebita attivazione n. XXX dal 24.05.2012 al 9.01.2013 (230 gg.)
- v. Indennizzo di €. 1.150 (da dividere secondo responsabilità con operatore TIM) per mancato passaggio della numerazione XXX da TIM a VODAFONE dal 24.05.2012 al 9.01.2013.

La memoria Vodafone veniva inviata successivamente al decorso dei 30 giorni previsti dall'art. 15 dell'allegato A alla delibera 73/11/CONS .

Nella memoria di replica del 23/12/2014 ha evidenziato quanto segue:

- chiede di non ammettere le memorie di Vodafone in quanto presentate solo in data 23.12.2014 e pertanto successivamente ai 30 giorni previsti dall'art. 15 allegato A alla delibera AGCOM ;
- che l'operatore non ha depositato copia del contratto;

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

A) Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento .

Per converso va rilevato che la memoria Vodafone è stata inviata successivamente al decorso dei 30 giorni previsti dall'art. 15 dell'allegato A alla delibera 73/11/CONS ed è pertanto da ritenersi tardiva e, per l'effetto, inammissibile.

Per converso va evidenziato che la documentazione ad essa allegata (ovvero fattura n. AC150752, fattura n. AC18211499, fattura n. AD01394312) riveste valenza probatoria ed in quanto tale merita valutazione ai fini della ricostruzione cognitiva e di completamento istruttorio (in tal senso, cfr. delibera 157/11/CIR).

B) Nel merito

Nel merito le domande dell'istante risultano parzialmente accoglibili nei limiti e per i motivi che seguono:

B. 1 Sulla richiesta di indennizzo per il mancato passaggio della numerazione XXX

In via preliminare è da sottolineare che, poiché nelle more del procedimento è intercorso un accordo transattivo con l'operatore TELECOM, l'istanza di definizione amministrativa ha come unica controparte l'operatore VODAFONE, per cui è soltanto nei confronti di tale operatore che il Corecom può pronunciarsi

Parte istante ha lamentato di aver sottoscritto con l'operatore Vodafone un contratto di telefonia per il passaggio da TIM di quattro numerazioni, ma il n. XXX non passava.

In realtà i servizi richiesti sono stati attivati su un altro numero provvisorio, nello specifico sulla linea XXX con relativa fatturazione, ma tale numero non sarebbe mai stato richiesto dall'istante. La linea per la quale si chiedeva la migrazione non è stata mai portata in Vodafone e pertanto mai attivata.

A supporto di tali affermazioni l'istante allega copia della fattura VODAFONE recante il n. di telefono XXX per il periodo di fatturazione dal 24.05.12 al 23.06.2012, nonché copia di fatturazione relativa all'attivazione delle altre numerazioni richieste.

VODAFONE ha altresì depositato copia delle fatture n. AC150752, n. AC18211499 e n. AD01394312 relative alla numerazione XXX, per i periodi di fatturazione dal 24.08.12 al 23.10.12, dal 24.10.12 al 23.12.12 e dal 24.12.12 al 23.01.2013.

In tale ambito l'istante ha avanzato domanda nei confronti dell'operatore affinché esibisse copia del contratto stipulato con lo Studio GEO, ma l'operatore VODAFONE non ha dato corso a tale richiesta.

In base al riparto dell'onere probatorio governato dal principio generale, da ultimo ribadito da Cassazione civile, sezione II, 20 gennaio 2010 n. 936, secondo cui *“il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare 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 o lui non imputabile ex art. 1218 c.c. ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta dei Servizi”*.

Con riferimento a tale contestazione, giova richiamare brevemente il quadro normativo di riferimento per le procedure di trasferimento delle utenze fra operatori.

Vengono innanzitutto in rilievo le delibere AGCOM n. 274/0/CONS e 41/09/CIR che hanno introdotto una procedura bilaterale volta ad assicurare la concreta ed effettiva attuazione del diritto, riconosciuto all'utente, di trasferire la propria utenza ad altro operatore senza incertezze sui tempi di attivazione, prevedendo regole volte ad evitare che l'utente possa incorrere in sospensioni della linea durante l'espletamento della procedura di passaggio.

Tali regolamentazioni sono state definite sulla base di quanto stabilito dal d.l. n. 7/2007 – c.d. Decreto Bersani – convertito in legge n. 40/2007, *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*, che, con particolare riferimento all'art. 1 comma 3), ha fissato in

trenta giorni il termine massimo per il trasferimento del numero telefonico da un operatore all'altro.

Va poi richiamato il principio secondo il quale gli operatori che devono fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, per escludere la propria responsabilità, sono tenuti a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze ad essi non imputabili. Oltre a ciò, per andare esenti da responsabilità, gli operatori devono fornire la prova di avere adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, poiché l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto.

Tanto premesso, nel caso di specie, si può desumere la responsabilità della società VODAFONE in ordine alla mancata migrazione, in quanto la società stessa non ha fornito alcun elemento di prova idoneo a giustificare l'asserita impossibilità tecnica al rilascio della linea telefonica, quale causa di esonero da responsabilità contrattuale per inadempimento ai sensi dell'art. 1218 del codice civile.

Al riguardo si deve evidenziare che la società VODAFONE ha depositato memoria difensiva successivamente al decorso dei 30 giorni previsti dall'art. 15 dell'allegato A alla delibera 73/11/CONS, il che comporta la tardività della stessa e, per l'effetto, l'inammissibilità.

Pertanto, poiché la condotta dell'operatore non è stata conforme agli obblighi previsti, sussiste una sua responsabilità contrattuale per la mancata attivazione della linea XXX, con conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo equo e proporzionato al disservizio subito.

Tuttavia, posto che la portabilità della numerazione coinvolge due gestori telefonici, nella fattispecie TELECOM e VODAFONE, e posto altresì che la domanda di indennizzo è stata rivolta ad entrambi gli operatori, ciascuno per il suo grado di responsabilità, va evidenziato che all'esito dell'udienza nella procedura di definizione della controversia, parte istante ha concluso un accordo transattivo con l'operatore TELECOM.

Tale circostanza induce questo Corecom a ritenere di adottare la presente pronuncia in applicazione dei principi di equità, posto che la valutazione equitativa costituisce uno dei parametri indicati nelle due raccomandazioni comunitarie sulla risoluzione non giurisdizionale delle controversie, la n. 258 del 1998 e la n. 310 del 2001, mentre la delibera n. 173/07/CONS, nelle sue premesse, oltre che negli articoli dedicati alla conciliazione e alla decisione della lite, fa esplicito riferimento all'equità quale criterio di giudizio.

Pertanto, stanti i principi sopra enunciati, nonché le risultanze dell'effettuata istruttoria, si ritiene l'operatore VODAFONE responsabile, in concorso al 50% con l'operatore TELECOM, per il mancato passaggio della numerazione XXX per il periodo richiesto dall'istante, dal 24.05.2012 al 9.01.2013, per un totale di giorni 230.

L'art. 6 comma 1) dell'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS prevede che *"Nelle ipotesi di procedure di portabilità del numero non concluse nei termini stabiliti dalla disciplina di settore, l'operatore responsabile sarà tenuto a corrispondere all'utente interessato un indennizzo pari a € 5,00 per ogni giorno di ritardo; se la portabilità riguarda utenze mobili l'importo è ridotto alla metà"*.

Pertanto, considerato pertanto il periodo di gg. 230, come sopra calcolati, l'indennizzo da riconoscersi al ricorrente, da computarsi ai sensi dell'art. 6, comma 1) della Delibera AGCOM n. 73/11/CONS, Allegato A, (ovvero €2,50 *pro die*) sarà pari a € 287,50 (ovvero pari al 50% di quanto dovuto).

B.2 Sull'attivazione del numero provvisorio XXX

Parte istante ha lamentato l'attivazione, non richiesta, del numero provvisorio XXX.

A tale proposito parte istante lamenta che tale attivazione non sarebbe stata richiesta, e ciò sulla base dell'asserita circostanza per cui, al momento della compilazione del modulo di richiesta di portabilità del numero, avrebbe richiesto la portabilità condizionata, cioè avrebbe optato per la facoltà consentita all'utente di richiedere all'operatore di attivare la Sim Vodafone solo quando il numero oggetto di portabilità viene ceduto dall'operatore donating.

In tale ambito l'istante ha avanzato domanda nei confronti dell'operatore affinché esibisse copia del contratto stipulato con lo Studio GEO, il che avrebbe consentito a questo Corecom di verificare se era stata o meno "fleggata" alla voce "Tipologia Portabilità", l'opzione "Condizionata".

L'operatore VODAFONE non ha dato corso a tale richiesta.

Secondo i provvedimenti adottati dai Corecom (v., Corecom Umbria Delibera n. 34/12) qualora l'utente lamenti l'attivazione di servizi non richiesti (nella specie attivazione di linee telefoniche ulteriori rispetto a quelle pattuite) 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

Poiché Vodafone non ha dato seguito a tale istanza istruttoria, stanti le regole sul riparto dell'onere della prova, come sopra diffusamente argomentate, si ritiene l'operatore VODAFONE responsabile per l'attivazione di un servizio non richiesto, così come previsto dall'art. 8, comma 2) dell'Allegato A alla delibera 73/11/CONS, dal 24.05.2012 (data fattura VODAFONE) al 23.01.2013 (data ultima fattura VODAFONE) per un totale complessivo di giorni 244, per un indennizzo pari a €. 244,00 (Euro 1,00 al giornoX244 giorni).

B.3 Sulla richiesta di rimborso dei canoni per il numero provvisorio XXX

Dalla disamina della documentazione depositata agli atti, con particolare riferimento alla fatturazione relativa al numero provvisorio XXX fattura dal 24.05.12 al 23.06.12 (fattura n. AC150752 dal 24.08.12 al 23.10.12, fattura n. AC18211499 dal 24.10.12 al 23.12.12, fattura n. AD01394312 dal 24.12.12 al 23.01.2013) emerge che il servizio è stato erogato dal 24.05.2012 al 23.01.2013.

Pertanto, stante l'attivazione non richiesta, come argomentato al punto B1 della narrativa, si può ritenere, conformemente al disposto di cui all'art. 8, comma 1) Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS, nonchè in forza dell'art. 3 della Delibera AGCOM n. 664/06/CONS sopra citata, che vada riconosciuto a XXX il rimborso dei canoni corrisposti per il numero provvisorio per il periodo dal 24.05.2012 al 23.01.2013 che si quantificano, secondo le previsioni di parte istante per le quali non vi è contestazione da parte dell'operatore, in Euro 508,84.

b.4 Sulla richiesta di rimborso delle penali per recesso anticipato

Parte ricorrente ha altresì chiesto il rimborso delle somme che sarebbero state versate a titolo di penali per recesso anticipato, portate dalla alla fattura n. A001394312 del 18.02.2013 alla voce “altri importi” per €. 907,99.

A tale proposito nulla ha eccepito né contestato l’operatore, essendo peraltro la memoria VODAFONE tardiva e pertanto inammissibile.

Come noto, il Decreto Bersani di cui al decreto legge 31.01.2007 n. 7, convertito in legge 2.04.2007 n. 40, art. 1 comma 3) espressamente dispone: “*I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia [...] devono prevedere la facoltà **del contraente** di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e **senza spese non giustificate da costi dell’operatore** [...]. Le clausole difformi sono nulle..[...].*”

Pertanto, poiché l’operatore non ha fornito un adeguato supporto probatorio atto a dimostrare la congruenza tra i costi giustificati e voci di addebito imputate sotto la dicitura “altri importi”, si ritiene che i soli costi imputabili all’utente, che risultano giustificati in ossequio alle prescrizioni legislative e alla prassi adottata dall’Autorità (v. Delibera n. 128/10/CIR, Delibera n. 129/10/CIR) siano pari a €. 14,00 per ciascuna delle utenze in oggetto.

Conseguentemente l’operatore sarà tenuto a regolarizzare la posizione contabile dell’utente con riferimento alle somme indebitamente fatturate, per cui dovranno essere rimborsate dal gestore – ovvero stornate in caso di mancato pagamento - la somma di €. 907,99, addebitata titolo di “altri importi” sulla fattura n. n. A001394312 del 18.02.2013, ritenendo dovuta la sola somma di €. 14,00 per ciascuna delle utenze attivate.

C) Sulle spese del procedimento.

Si ritiene equo liquidare, in favore dell’istante, a titolo di rimborso per le spese di procedura, l’importo complessivo di Euro 100,00 (cento/00) in considerazione del comportamento complessivo tenuto dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e nella fase di definizione della controversia.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all’unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

in parziale accoglimento dell’istanza presentata in data 12.11.2014 lo XXX di GRAFFINO, RINAUDO e TARDIVO, come rappresentata, con sede in XXX per i motivi sopra indicati, l’operatore VODAFONE, in persona del legale rappresentante pro-tempore, è tenuto a:

Corrispondere all’istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di indennizzo per il mancato passaggio della numerazione XXX, la somma di €. 287,50;

Corrispondere all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di indennizzo per attivazione di un servizio non richiesto, la somma di €. 244,00;

Rimborsare, ovvero stornare in caso di mancato pagamento, la somma di €.508,84, in quanto addebiti fatturati in seguito ad attivazione di un servizio non richiesto;

Rimborsare, ovvero stornare in caso di mancato pagamento, la somma di €. 907,99 addebitate a titolo di penale per recesso anticipato dal contratto e ritenere dovuta la sola somma di €. 14,00 per ciascuna delle utenze attivate;

Corrispondere all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di spese di procedura, la somma di € 100,00.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia

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

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

Il Presidente
Bruno Geraci