



Decreto del Direttore del Servizio organi di garanzia

Decreto nr. di data

Decreto n° 714/GEN del 02/12/2016

Oggetto: Definizione controversia Bianchin / Vodafone Italia S.p.a. –
Gu14 70/2016

IL DIRETTORE DEL SERVIZIO ORGANI DI GARANZIA

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"* ed in particolare l'articolo 1, comma 13 della medesima legge che prevede la possibilità di istituire con legge regionale i comitati regionali per le comunicazioni per l'esercizio decentrato sul territorio delle funzioni delegate di governo, di garanzia e di controllo del sistema delle comunicazioni di rilevanza locale;

VISTA la delibera n.53/99 del 28 aprile 1999, di *"Approvazione del regolamento relativo alla definizione delle materie di competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni delegabili ai Comitati Regionali per le Comunicazioni"*;

VISTA la legge regionale 10 aprile 2001, n.11 istitutiva del Comitato regionale per le comunicazioni (di seguito Co.Re.Com.) per il Friuli Venezia Giulia;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*;

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "Agcom"), 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;

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 Friuli Venezia Giulia e il Comitato Regionale per le Comunicazioni del Friuli Venezia Giulia in data 10 luglio 2009 a Otranto, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti", di seguito "Regolamento";

VISTA la delibera n. 276/13/CONS di "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

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 "Delibera indennizzi";

VISTA la Delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.Re.Com. in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA l'istanza dell'utente, Bianchin - GU14 70/2016 sub prot. n. 0005154/A dd. 29/04/2015, rappresentata dall'avv. Roberto Antonel (giusta delega in atti), nei confronti di Vodafone Omnitel BV, di seguito, per brevità "Vodafone", rappresentata dall'Avv. Andrea Pellegrin (giusta delega in atti);

VISTA la nota sub prot. n.5458/P d.d.05/05/2016, con la quale veniva comunicato alle parti l'avvio del procedimento per la definizione della controversia;

VISTI tutti gli atti del procedimento, ai cui contenuti è fatto rinvio per relazione e che costituiscono parte integrante del presente provvedimento;

CONSIDERATO che entrambe le parti hanno soddisfatto gli oneri di allegazione procedimentale, producendo rispettivi atti di memoria e replica ad integrazione del contraddittorio ed hanno partecipato attivamente alla udienza di audizione svolta il 15 novembre 2016 ;

PREMESSO che l'Istante, titolare dell'utenza telefonica fissa, come già riportato in sede di conciliazione (cfr. fascicolo UG 36/16)- attesta di aver concluso un contratto con Vodafone Italia S.p.a. in data 26 giugno 2015 per la migrazione -con portabilità del numero - di tale utenza da Telecom; rileva tuttavia che il passaggio di interesse è effettivamente avvenuto solo il 27 novembre 2016- quindi "...(*omissis*)... con un ritardo di cinque mesi - e che sin già dalla data del 26 giugno 2015, la Vodafone ha comunque emesso le relative fatture con imputazione dei costi fissi di un'utenza non ancora di fatto migrata;

CONSIDERATO che e a fronte di quanto più sopra evidenziato, l'Istante nel rispettivo formulario di attivazione della procedura *de qua* ("GU14")chiede:

- L'indennizzo per ritardata portabilità del numero da Telecom a Vodafone dal 26 giugno 2015 al 27 novembre 2015, ai sensi della delibera AGCOM 73/11/CONS (ex art.6 comma 1 della medesima delibera) ;

- Il rimborso integrale dei costi delle fatture relative alla rete fissa emesse nel periodo contestato, oltre interessi, contributi bimestrali di attivazione, l'IVA e le tasse applicate sul fisso;
- Il rimborso delle spese legali.

RILEVATA una sostanziale identità dei fatti descritti e dedotti in definizione rispetto all'istanza di conciliazione (cfr. fascicolo UG 36/16) ma non una perfetta coincidenza delle richieste formulate;

RITENUTO di dover considerare le richieste dedotte nella procedura in esame con l'istanza di definizione- come integrata con successiva memoria difensiva(prot. n. 6348/A dd 27/05/2016) e di replica (prot. n. 7072/A dd 14/06/2016)-;

VISTE le quattro fatture allegate all'istanza di cui peraltro solo tre inerenti il periodo oggetto di contestazione (dal 26/06/2015 al 27/11/2015) :-fattura n. AF11940710 del 19 agosto 2015 (di 135, 61euro) ;-fattura n. AF15105048 del 17 ottobre 2015 (di 155,18 euro);-fattura n. AF18312714 del 18 dicembre 2015 (di 109, 58 euro); fattura n.AGO2377786 del 16 febbraio 2016 (di euro 109,74);

PREMESSO che l'Operatore Vodafone Italia S.p.a., si è costituito ed ha depositato rispettiva memoria in cui adduce- in qualità di "operatore recipient" -di non aver eseguito la migrazione dell'utenza di interesse nel termine di 30 giorni dalla sottoscrizione della proposta di abbonamento causa ripetuti dinieghi da parte del gestore "donating" e di aver potuto completare tecnicamente la migrazione solo il 27 novembre 2015; in via subordinata, precisa in ogni caso che ai sensi dell'art. 3, comma 3 dell'allegato A della delibera 73/11/CONS, l'eventuale ritardo nella portabilità debba essere ridotto ad un quinto;

PRESO ATTO che, a comprova di quanto assunto a propria difesa, parte convenuta allega copia della schermata dei dinieghi ricevuti (3 a distanza di un mese ciascuno e solo fino ad agosto 2015) e copia della schermata di attivazione in Vodafone del 27 novembre 2015;

RILEVATO che nella rispettiva memoria il gestore ha pertanto riconosciuto di non aver eseguito esattamente la prestazione dovuta nel termine di 30 giorni, confermando che la migrazione effettiva con portabilità del numero dell'utenza di interesse è avvenuta solo il 27 novembre 2015;

RILEVATO che l'attore, nella rispettiva memoria di replica, nel ribadire la responsabilità contrattuale dell'operatore "recipient" per la mancata attivazione dell'utenza di cui si discute, sottolinea, in particolare, di non aver mai ricevuto alcuna comunicazione scritta e tantomeno verbale da parte di Vodafone concernente l'esistenza di problemi di migrazione; avendo potuto apprendere solo in sede di udienza conciliativa, che l'utenza di interesse risultava entrata in Vodafone il 27 novembre 2015 dopo una serie di dinieghi dell'altro gestore con causale " il DN non è del tipo di linea specificato" (cfr verbale di conciliazione udienza prot. n.0004372 dd12 aprile 2016);

CONSIDERATO preliminarmente in punto di rito, che l'istanza di cui sopra soddisfa i requisiti di proponibilità ed ammissibilità di cui all'art 14 del " Regolamento" e che ai sensi dell'art. 19 del medesimo "regolamento" l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria e, ove sia riscontrata la fondatezza dell'istanza è limitata a eventuali rimborsi o indennizzi chiesti ed accertati, previsti dal contratto dalle carte dei servizi, individuati dalle disposizioni normative o dalle delibere (regolamenti AGCOM).

VISTA la **delibera n.274/07/CONS** recante "*Modifiche ed integrazioni alla delibera n.4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*", come successivamente integrata e modificata, tra gli altri , in particolare dalla **delibera n.41/09/CIR** sulla portabilità del numero su rete fissa;

CONSIDERATI, in linea con quanto richiamato e riportato letteralmente nelle premesse alla citata delibera n.274/07/CONS, gli obblighi per gli operatori derivanti dall'art.70 del "Codice delle comunicazioni", in base al quale i tempi di attivazione e disattivazione, del servizio, costituiscono elementi che devono necessariamente far parte del contenuto minimo della disciplina contrattuale;

CONSIDERATI parimenti i principi di cui all'art.13 del "Codice delle comunicazioni", poiché i tempi di migrazione rappresentano un elemento rilevante ai fini della scelta da parte dei consumatori e, di conseguenza, la certezza, la trasparenza e l'adeguata pubblicità delle informazioni relative a tale elemento costituiscono elemento rilevante per i consumatori; in linea di principio altresì rilevante è la necessità di prevedere tempi certi di passaggio e tempestività del processo;

VISTA la delibera **n.41/09/CIR** che all'art.2, ha introdotto il "Codice di condotta", riportato nell'allegato 2 della stessa delibera, che impegna gli operatori ad attuare le procedura di passaggio nel rispetto dei diritti degli utenti e delle regole di *fair competition*.

VISTA la delibera **n. 179/03/CSP** di "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249", ed in particolare l'art. 4 (commi 1e 3, dell'allegato A alla medesima delibera) sul diritto degli utenti ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi.

VISTO l'**art. 1218 c.c.** secondo il quale, in tema di obbligazioni in generale: *"Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile; ponendo quindi, in tema di adempimenti contrattuali una presunzione di responsabilità in capo al debitore con inversione dell'onere della prova"* (cfr. Cass. S.U. n. 13533/2001);

RICHIAMATO l'orientamento dell'**AGCOM**, nelle "**Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche**" approvate con la Delibera n. 276/13/CONS dd. 11/04/2013, che all'art. III.4.2 chiarisce quanto segue: *"A prescindere dai poteri d'ufficio riconosciuti al responsabile del procedimento, nella procedura di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal Codice Civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che, trattandosi nella maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali, la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 c.c secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati.,(....omissis....).....;*

RICHIAMATA parimenti la delibera **n. 1/11/CIR** in cui l'**AGCOM** ribadisce come il creditore, nel caso in cui venga dedotto l'inesatto adempimento di un'obbligazione, oltre a provare la fonte del rapporto alla base della controversia, si possa limitare alla semplice deduzione dell'inesattezza dell'adempimento, mentre l'onere di provare il contrario grava sul debitore;

RICHIAMATI altresì, l'**art 1175 c.c.** quale espressione generale, nel campo delle obbligazioni, del più generale principio etico giuridico di correttezza (o buona fede in senso oggettivo) nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri e, in particolare, l'**art 1176 c.c.** sulla diligenza nell'adempimento (cd "*diligenza del buon padre di famiglia*"); paradigma di riferimento in connessione alla responsabilità del

debitore **ex art.1218 c.c.** citato, misura di mezzi ed accorgimenti che il debitore deve porre in essere per conseguire il risultato o le attività necessarie atte a soddisfare parte creditrice;

RILEVATO che è obbligo contrattuale dell'operatore "*recipient* " attivarsi prontamente per l'esatto adempimento della portabilità del numero nei tempi concordati e previsti dalle condizioni contrattuali e informare adeguatamente l'utente in ordine ai termini e alle modalità di erogazione del servizio e sussiste la responsabilità di quest'ultimo per il ritardo nell'espletamento della procedura di portabilità qualora risulti che questi non si sia prontamente attivato alla risoluzione della problematica sottesa, e non abbia fornito adeguata informativa all'utente in ordine al completamento della procedura di portabilità; legittimando la liquidazione di un indennizzo in favore dell'utente(cfr precedente Agcom Delibera n.121/11/CIR);

RILEVATO che per escludere la propria responsabilità incombe all'operatore l'onere di dimostrare che l'inadempimento è stato determinato da circostanze a lui non imputabili o da problematiche tecniche non causate da sua colpa; circostanze e problematiche di cui peraltro l'utente deve essere adeguatamente informato. L'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per l'esatto adempimento, ovvero documentare la tempestività della richiesta inviata all'operatore "*donating*" (tra gli altri cfr delibera CORECOM Lazio 11/11/CRL);

CONSIDERATO che, in specie, il gestore non ha dimostrato di essersi adoperato con la dovuta "*diligenza del buon padre di famiglia*" per garantire la migrazione effettiva e in termini dell'utenza di interesse, o risolvere le problematiche impeditive al completamento della procedura in modo tempestivo e, comunque, non oltre 30 giorni (indicati nella rispettiva memoria dalla convenuta) e, in particolare, non ha fornito alcuna prova di aver informato il cliente sui termini di erogazione del servizio e i motivi di ritardo, in conformità a quanto previsto dall'art. 4, commi 1 e 3 della delibera n. 179/03/CSP- come già più sopra richiamata; legittimando pertanto la liquidazione di un indennizzo in favore dell'utente;

RILEVATO che delle quattro fatture allegate all'istanza e più sopra richiamate, solo tre sono inerenti al periodo oggetto di contestazione -dal 26/06/2015 al 27/11/2015-, e che i costi di rete fissa di cui l'istante chiede il rimborso sono (giusta memoria di replica in atti):

-fattura n. AF11940710 del 19 agosto (euro 61,75 + IVA per il fisso)

- fattura n. AF15105048 del 17 ottobre 2015 (euro 34,74 + IVA per il fisso)

-fattura n. AF18312714 del 18 dicembre 2015 (euro 34,74 + IVA per il fisso)

per un ammontare complessivo, esclusa IVA, pari a euro 131,23, oltre interessi;

RILEVATO, quanto alla richiesta di rifusione delle spese legali evocate dall'istanze per il cd "*doppio grado*" avanti al CORECOM, che le procedure in questione sono gratuite e l'istante può partecipare personalmente; sicchè ove quest'ultimo intenda avvalersi di un patrocinio legale i relativi costi sono a suo carico;

RILEVATO che l'art.19, co 6 del "Regolamento" prevede la possibilità di riconoscere il rimborso delle spese di procedura "*Tenuto conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*";

CONSIDERATO che, in specie, entrambe le parti sono state presenti ed hanno partecipato attivamente alla procedura anche in pendenza del tentativo di conciliazione e che, in ossequio allo spirito conciliativo, è stata manifestata da parte del gestore anche disponibilità a venire incontro alle esigenze di parte attrice per una composizione risolutiva di tipo negoziale della vicenda in discussione ;

RITENUTO che, in ossequio al requisito della equità, richiamato all'art. 84 del codice delle telecomunicazioni elettroniche, si debba tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla risoluzione della controversia riconoscendo gli interessi legali maturati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza degli indennizzi e dei rimborsi riconosciuti all'esito della procedura (cfr delibera definitiva AGCOM n.81/12/CIR e precedenti CORECOM FVG);

TENUTO CONTO, per applicazione analogica, della disposizione dell'art.3, comma 3 della "Delibera indennizzi" che in caso di cambio operatore prevede la riduzione ad un quinto dell'indennizzo riconosciuto all'esito della procedura (dedotta in via di eccezione da parte attrice nella rispettiva memoria difensiva);

VISTI tutti gli atti istruttori;

RITENUTO quindi - tenuto conto di quanto più sopra giuridicamente premesso in ordine all'onere della prova dall'analisi della fattispecie concreta e da quanto emerge dalla documentazione in atti - che:

- è fondata la richiesta dell'istante di riconoscimento e liquidazione dell'indennizzo per ritardata portabilità ex art. 6, comma 1 dell'allegato A) della "Delibera indennizzi", pari a 5, 00 euro per ogni giorno di ritardo, con la riduzione ad un quinto prevista dall'art.3 comma 3 della medesima delibera; parametro da valutare avendo riguardo al periodo dal 26 giugno 2015 al 27 novembre 2015, dedotto del termine di 30 giorni per adempiere;
- è fondata la richiesta di rimborso dei costi di rete fissa nelle fatture emesse e pagate nel medesimo periodo :
fattura n. AF11940710 del 19 agosto (euro 61,75 + IVA per il fisso)
fattura n. AF15105048 del 17 ottobre 2015 (euro 34,74 + IVA per il fisso)
fattura n. AF18312714 del 18 dicembre 2015 (euro 34,74 + IVA per il fisso)
per un ammontare complessivo, esclusa IVA, pari a euro 131,23, oltre interessi;
- non accoglibile la richiesta di rifusione delle spese legali;

Alla luce di quanto sopra,

DECRETA

L'accoglimento parziale dell'istanza di Bianchin , nei confronti della Società Vodafone Omnitel BV;
e, per l'effetto,

la convenuta deve corrispondere all'istante:

1) euro 124 (centoventiquattro/00) a titolo di indennizzo per ritardata portabilità del numero da Telecom a Vodafone; avendo riguardo al periodo dal 26 giugno 2015 al 27 novembre 2015, dedotto il

termine di 30 giorni per adempiere, ai sensi del combinato disposto art.6 comma 1 e art.3, comma 3 delibera AGCOM 73/11/CONS ;

2) euro 131, 23 (centotrentuno/ventitrè +IVA), a titolo di rimborso dei costi di rete fissa della fattura n. AF11940710 del 19 agosto (euro 61,75 + IVA per il fisso), della fattura n. AF15105048 del 17 ottobre 2015 (euro 34,74 + IVA per il fisso) e della fattura n. AF18312714 del 18 dicembre 2015 (euro 34,74 + IVA per il fisso);

Le somme di cui sopra devono essere aumentate degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza fino al saldo effettivo.

Le spese di lite si intendono compensate, ai sensi di quanto disposto dal Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 sui siti *web* del Co.Re.Com. FVG e dell'Autorità (www.agcom.it).

Il Direttore

- Gabriella DI BLAS-