

DELIBERA n. 39/13/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
POGIACO / VODAFONE OMNITEL N.V. E WIND TELECOMUNICAZIONI
S.P.A.
(GU14 n.736/12)**

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le Infrastrutture e le reti del 20 giugno 2013;

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'articolo 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 l'articolo 84 del decreto legislativo del 1 agosto 2003 n° 259 recante *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*;

VISTA la delibera n.173/07/CONS, recante *"Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti"* e s.m.i.;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 138 del 15 giugno 2012, e s.m.i.;

VISTA l'istanza del 31 maggio 2012, acquisita al protocollo generale al n. 27331/12/NA con la quale la Pogiaco, rappresentata dall'Avv. Daniele Lussana, ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con le società Vodafone Omnitel N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.A.;

VISTA la nota del 29 agosto 2012, prot. n. 44667/12/NA con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 2 ottobre 2012;

UDITE le parti nel corso della predetta udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La Pogiaco, intestataria delle utenze telefoniche n. 0112075xxx e n. 01119942xxx, lamenta la mancata/ritardata attivazione dei servizi di telefonia fissa e fax relativi alle utenze suindicate, nonché la mancata risposta ai reclami da parte delle convenute Società.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nel corso dell'audizione e nelle memorie integrative, ha dichiarato quanto segue:

- nel mese di ottobre 2011 parte istante concludeva con Vodafone Omnitel N.V. contratto di telefonia in cui pattuiva, tra le altre cose, la portabilità dell'utenza n. 0112075xxx dall'operatore Wind Telecomunicazioni S.p.A. e l'attivazione di una nuova linea telefax rispondente al n. 01119942xxx;
- sino alla data indicativa del 10 gennaio 2012 risultava spesso impossibile ricevere fax sull'utenza n. 01119942xxx e non risultava da subito raggiungibile l'utenza voce n. 0112075xxx;
- in data 9 dicembre 2011 parte istante inoltrava, a mezzo raccomandata a/r, reclamo scritto ad entrambi gli operatori, lamentando i predetti disservizi relativi alle utenze suindicate e chiedeva, contestualmente, la corresponsione della somma di euro 4.750,00 a titolo di risarcimento danni ed indennizzi;
- parte istante non riceveva riscontro ai predetti reclami da parte degli operatori ma, al contrario, l'operatore Vodafone si limitava a stornare la fattura emessa in data 8 novembre 2011 per un importo di euro 194,56;
- le problematiche relative all'utenza adibita a fax venivano risolte in data 3 febbraio 2012 e quelle inerenti all'utenza fissa in data 1° marzo 2012.

Mediante l'intervento di questa Autorità, la parte istante ha chiesto: *i)* l'indennizzo per mancata o ritardata attivazione del servizio fax per il periodo che va dal 31 ottobre 2011 al 1° marzo 2012; *ii)* l'indennizzo per mancata o ritardata attivazione del servizio di telefonia fissa per il periodo che va dal 31 ottobre 2011 al 1° marzo 2012; *iii)* l'indennizzo per mancata risposta al reclamo relativo al disservizio sull'utenza adibita a fax per il periodo che va dal 30 novembre 2011 al 16 maggio 2012; *iv)* l'indennizzo per mancata risposta al reclamo relativo ai disservizi alla linea telefonica fissa per il periodo che va dal 30 novembre 2011 al 16 maggio 2012; *v)* il rimborso delle spese di procedura pari ad euro 500,00.

La società Vodafone Omnitel N.V., nel corso dell'audizione e nelle memorie integrative, ha rappresentato quanto segue:

- In primo luogo, la Società ha dichiarato di aver regolarmente attivato tutti i servizi richiesti con il contratto stipulato nell'ottobre 2011. In particolare, per quanto riguarda il malfunzionamento relativo al servizio fax sull'utenza n. 01119942xxx, ha evidenziato che dai propri sistemi non risultano reclami in merito, se non quello inviato dal legale dell'istante e ricevuto in data 15 dicembre 2011.

- L'operatore ha rilevato, altresì, che all'esito delle verifiche tecniche effettuate successivamente a tale segnalazione, il servizio è risultato regolarmente funzionante. Peraltro, lo stesso istante ammette, nell'atto introduttivo della presente procedura, la risoluzione del disservizio in data 3 febbraio 2012, a seguito di un intervento tecnico sull'apparato. Per quanto riguarda, invece, il disservizio su linea fissa, la Società fa presente di aver immediatamente segnalato all'operatore *donating* l'esigenza di bonifica della linea, effettuata nel mese di gennaio 2012.

- In ultimo, in relazione alla richiesta di indennizzi per mancata risposta ai reclami, precisa che l'istante ha allegato un unico reclamo, ricevuto da Vodafone Omnitel N.V. in data 15 dicembre 2011, cui è stata data risposta in data 20 dicembre 2011, a mezzo fax, inviato presso lo studio dell'Avv. Daniele Lussana. Nondimeno, in ottica puramente conciliativa, l'operatore Vodafone ha proposto un indennizzo a ristoro dei disservizi sulle predette utenze, che l'istante ha rifiutato.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A., nel corso dell'audizione e nelle memorie integrative, ha in primo luogo dichiarato che la fase della portabilità si è correttamente svolta nel rispetto delle procedure vigenti. Per quanto riguarda il malfunzionamento del servizio fax si è dichiarata estranea, mentre con riferimento al servizio sulla rete fissa, al contrario, in ottica conciliativa, pur avendo provveduto alle operazioni di bonifica della linea, ha proposto un indennizzo a ristoro dei disservizi, che l'istante ha rifiutato.

II. Motivi della decisione

All'esito dell'attività istruttoria, l'istanza della Poggiaco risulta parzialmente accoglibile. In particolare, le richieste di indennizzo sub *i*) e sub *ii*) possono trovare accoglimento nei limiti di seguito precisati.

Innanzitutto, va evidenziato che, dalla documentazione prodotta in copia agli atti, emerge che il disservizio lamentato dall'istante, pur essendo oggetto di numerose segnalazioni, non è stato prontamente risolto.

Al riguardo, la società Vodafone Omnitel N.V. si è limitata a rappresentare l'implementazione di diversi interventi tecnici, quali la necessità di bonificare la linea dalla centrale alla presa del telefono (relativamente all'utenza di telefonia fissa), la diminuzione della velocità di trasmissione consentita (relativamente all'utenza adibita a fax), laddove avrebbe dovuto provare la regolare e continua fornitura del servizio voce e del servizio telefax anche alla luce dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza *n.13533/01*), secondo il quale *"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".

Pertanto, all'esito delle risultanze istruttorie, tenuto conto di quanto circostanziato dalla società Vodafone Omnitel N.V. si deve rilevare che, in mancanza di prova contraria, il malfunzionamento del servizio di fonia vocale dal 9 dicembre 2011 (data del reclamo scritto) al 1° marzo 2012 (data ultima di fine disservizio), per il numero di 83 giorni, e il malfunzionamento del servizio fax dal 9 dicembre 2011 (data del reclamo scritto) al 3 febbraio 2012 (data ultima di fine disservizio), per un totale di 56 giorni, è da imputarsi esclusivamente alla responsabilità della società Vodafone Omnitel N.V. ed in quanto tale implica la corresponsione di un indennizzo proporzionato al disservizio subito dall'utente, da computarsi in base al parametro previsto dall'articolo 5, comma 2, dell'allegato A alla delibera n.73/11/CONS, secondo il quale *"nel caso di irregolare o discontinua erogazione del servizio che non comporti la completa interruzione del servizio, o di mancato rispetto degli standard qualitativi stabiliti nella carta dei servizi di ciascun operatore, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad euro 2,50 per ogni giorno di malfunzionamento"*. Tale parametro deve essere computato in misura pari al doppio, in conformità a quanto previsto dall'articolo 12, comma 2, del sopra citato regolamento, attesa la natura *"business"* dell'utenza interessata dal disservizio.

Le richieste di indennizzo sub *iii*) e sub *iv*), possono trovare parziale accoglimento nei limiti di seguito precisati.

Con raccomandata a/r del 9 dicembre 2011, l'istante ha lamentato, nei confronti delle società Vodafone Omnitel N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.A., il malfunzionamento dei servizi di telefonia fissa e fax relativi alle utenze oggetto della presente istanza, chiedendo la risoluzione immediata dei predetti disservizi. A tale reclamo, la società Vodafone Omnitel N.V. ha risposto in data 20 dicembre 2012, inoltrando un fax presso lo studio dell'Avv. Lussana, rappresentante dell'istante e poi risolvendo il disservizio per l'utenza adibita a fax in data 3 febbraio 2012 e per l'utenza fissa in data 1° marzo 2012, con un ritardo che tuttavia è già oggetto dell'indennizzo *ut supra*.

Per il medesimo reclamo, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. non ha fornito, invece, alcuna risposta e pertanto la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo è accoglibile in relazione al periodo compreso tra il 13 dicembre 2011 (data di ricezione del reclamo da parte dell'operatore) ed il 16 maggio 2012 (data dell'udienza di conciliazione), per un totale di 110 giorni, già decurtati dei giorni previsti dalle condizioni di contratto per fornire un riscontro (155-45). L'indennizzo dovuto sarà computato moltiplicando l'indice di euro 1,00 previsto dall'articolo 11, comma 1, della delibera n. 73/11/CONS, allegato A, per il numero di giorni di ritardo.

Infine, per la richiesta *sub v*) relativa al rimborso delle spese di procedura, l'Autorità, valutato il comportamento di tutte le parti, ritiene congruo riconoscere la somma di euro 100,00, considerando che l'istante, come sopra rappresentato, ha presenziato in sede di conciliazione ed ha partecipato all'udienza innanzi a questa Autorità in audioconferenza, a carico di entrambe gli operatori in parti uguali.

CONSIDERATO che la società Vodafone Omnitel N.V. non ha fornito motivazioni tecnico-giuridiche in ordine al malfunzionamento del servizio voce e del servizio fax, né ha dimostrato di avere garantito l'erogazione del servizio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, in conformità a quanto disposto dall'articolo 3 comma 4 della delibera 179/03/CSP;

RITENUTO, per quanto sopra esposto, che l'accertata responsabilità per la mancata funzionalità del servizio voce e del servizio fax, in assenza di qualsiasi elemento di prova, è ascrivibile esclusivamente alla società Vodafone Omnitel N.V. secondo i parametri sotto menzionati;

RITENUTO, inoltre, che relativamente alla mancata risposta al reclamo inviato dall'istante in data 9 dicembre 2011, la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. sarà tenuta a liquidare un congruo indennizzo da computare secondo i parametri indicati dall'articolo 11, comma 1, della delibera n. 73/11/CONS, allegato A;

RITENUTO che, per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento, l'importo di euro 100,00 considerando che l'istante ha presenziato in sede di conciliazione ed ha partecipato all'udienza innanzi a questa Autorità in audioconferenza;

RITENUTO, infine, che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questa Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'articolo 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Maurizio Dècina, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *“Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità”*;

DELIBERA

Il parziale accoglimento dell'istanza presentata dalla Pogiaco in data 31 maggio 2012, nei termini di seguito precisati.

La società Vodafone Omnitel N.V. è tenuta a liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante:

1) la somma di euro 415,00 (quattrocentoquindici/00) a titolo di indennizzo per malfunzionamento dell'utenza n. 0112075xxx, calcolato moltiplicando l'importo di euro 5,00 (in quanto utenza business) per il numero di 83 giorni di irregolare erogazione del servizio, intercorrenti dal 9 dicembre 2011 al 1° marzo 2012, in conformità a quanto

disposto dall'art. 5, comma 2 dell'allegato A) alla delibera n. 73/11/CONS, con maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;

2) la somma di euro 280,00 (duecentottanta/00) a titolo di indennizzo per malfunzionamento dell'utenza n. 01119942xxx, calcolato moltiplicando l'importo di euro 5,00 (in quanto utenza business) per il numero di 56 giorni di irregolare erogazione del servizio, intercorrenti dal 9 dicembre 2011 al 3 febbraio 2012, in conformità a quanto disposto dall'art. 5, comma 2 dell'allegato A) alla delibera n. 73/11/CONS, con maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;

3) la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS.

La società Wind Telecomunicazioni S.p.A. è tenuta a liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante:

1) la somma di euro 110,00 (centodieci/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, calcolato moltiplicando l'importo di euro 1,00 per il numero di 110 giorni di mancata risposta al reclamo, intercorrenti dal 13 dicembre 2011 al 16 maggio 2012, in conformità a quanto disposto dall'art. 11, comma 1, dell'allegato A) alla delibera n. 73/11/CONS, con maggiorazione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;

2) la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso delle spese per l'espletamento della presente procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS.

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. 179/03/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.

Le società sono tenute, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti ed è pubblicata nel sito web dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 20 giugno 2013

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Maurizio Dècina

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Francesco Sclafani

