

DELIBERA n. 79/12/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA GERBELLA ED
ALTRI/VODAFONE OMNITEL N.V.
(GU14 n. 987/11)**

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 2 agosto 2012;

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*";

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera a), n. 14;

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

VISTA la delibera dell'Autorità n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, ed il relativo Allegato A, recante "*Adozione del nuovo regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 173/07/CONS, del 22 maggio 2007, recante "*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti*", e successive modifiche ed integrazioni, ed il relativo Allegato A;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante "*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'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*", ed il relativo Allegato A;

VISTA l'istanza del 6 ottobre 2011 (prot. n. 52792) con la quale i sig.ri Gerbella, Tretti e Turin, rappresentati dall'avv. Vincenzo Salerno, hanno chiesto l'intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società Vodafone Omnitel N.V.;

VISTA la nota del 22 dicembre 2011 (prot. n. 71825), con cui la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento di cui all'allegato A della delibera n. 173/07/CONS (di seguito "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 stessa in data 11 gennaio 2012;

UDITE le parti nel corso della predetta udienza;

VISTA la nota del 2 aprile 2012 (prot. n. 15712), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha richiesto sia alla società Vodafone Omnitel N.V. che agli istanti, ai sensi dell'articolo 18, comma 2, del predetto Regolamento, documenti utili alla definizione della controversia;

PRESO ATTO che la Società non ha fornito alcun riscontro alle predette richieste;

VISTA la memoria trasmessa dall'utente in data 10 aprile 2012 (prot. n. 16896) in riscontro alla predetta richiesta;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

Gli istanti hanno lamentato, nei confronti dell'operatore Vodafone Omnitel N.V., la mancata applicazione delle condizioni contrattuali a suo tempo stipulate con l'operatore.

In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione hanno dichiarato, per il tramite del proprio rappresentante, quanto segue:

1) nel corso del mese di ottobre 2008 i sig.ri Gerbella, Tretti e Turin stipulavano con Vodafone un contratto di telefonia mobile in abbonamento inerente le numerazioni 3929619xxx, 3399079xxx, 3402339xxx, 3489168xxx, 336499xxx, 3483358xxx, 3355857xxx, 3355857yyy, 3385645xxx e 3389559xxx; il contratto aveva le seguenti caratteristiche:

- a) traffico telefonico gratuito tra le numerazioni interne del pacchetto;
- b) tariffe telefoniche agevolate verso l'esterno;
- c) attivazione di una ventina circa di nuove SIM;
- d) portabilità in Vodafone di due numeri telefonici H3G e di due numeri telefonici TIM;
- e) piano tariffario agevolato per traffico su direttrici internazionali, per una numerazione (3483358xxx);
- f) 2 chiavette per l'effettuazione di traffico dati;
- g) 6 telefoni cellulari;

2) i profili contrattuali inizialmente sottoscritti erano:

- a) contratto “Mio Business 400” per le SIM con numerazioni 3929619xxx, 3399079xxx, 3402339xxx e 3489168xxx;
- b) contratto “Mio business tutto broadband” con relative chiavette dati per le numerazioni 336499xxx e 3483358xxx;
- c) contratto “Mio business tutto broadband” senza chiavetta.

3) questi tre contratti avrebbero dovuto successivamente fondersi in un'unica formula contrattuale, mantenendo inalterate le condizioni, ed avrebbero dovuto ricomprendere anche le numerazioni provenienti da TIM ed H3G.

4) tuttavia, l'attivazione dei servizi da parte di Vodafone Omnitel N.V. si è rivelata più lenta del previsto, sia per quanto riguarda la consegna degli apparecchi mobili sia per quanto riguarda le procedure di portabilità;

5) più precisamente, il servizio di “RAM” interna (necessario per permettere ai telefoni mobili di conversare tra di loro a tariffa agevolata) è stato attivato con ben sei mesi di ritardo, le due chiavette internet non sono state consegnate in comodato d'uso bensì addebitate agli utenti, la numerazione 3483358xxx non ha mai goduto di agevolazioni tariffarie su direttrici estere e, per i numeri in portabilità da TIM, il processo non si è mai completato ma, al contrario, esse sono andate definitivamente perdute;

6) inoltre, la numerazione 336499xxx è stata improvvisamente sospesa per 1 giorno (in data 20 ottobre 2010) e la numerazione 3483358xxx per 6 giorni tra febbraio e luglio 2010;

7) dopo aver inutilmente reclamato, gli istanti hanno infine risolto il contratto con l'operatore, dopo circa un anno dalla stipula.

Tutto ciò premesso, gli istanti hanno chiesto: *i)* euro 20.000,00 a titolo di risarcimento danni per il disagio subito; *ii)* euro 5.000,00 per ogni singola SIM, a titolo di rimborso per le spese di traffico alle quali non sono state applicate le condizioni richieste.

La società Vodafone Omnitel N.V. ha dichiarato di aver già provveduto allo storno in merito alla fatturazione contestata per la mancata tariffazione a zero costi contrattualizzata e che i servizi erano, comunque, regolarmente attivi.

In sede di supplemento istruttorio l'Autorità ha chiesto alle parti di indicare e documentare la sospensione dei servizi nel corso della portabilità delle numerazioni verso Vodafone (specificando i numeri interessati, i servizi non funzionanti ed i giorni di effettivi di sospensione), il numero di anni precedenti di utilizzo e l'eventuale previa sospensione dei nn. 3389559xxx e 3355857xxx (poi disattivati), oltre alle fatture oggetto di contestazione e la presenza di reclami. Gli utenti hanno risposto dichiarando che le due numerazioni perdute erano in uso da circa vent'anni e che la sospensione dei servizi ha riguardato la numerazione 3483358xxx per tre giorni tra febbraio e marzo 2010 e tre giorni tra giugno e luglio 2010.

II. Motivi della decisione.

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

Preliminarmente occorre chiarire che la richiesta sub i) non potrà essere oggetto di trattazione, poiché tanto la quantificazione quanto la liquidazione del danno esulano dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione della controversia, *“ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”*, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, della delibera n. 173/07/CONS, Allegato A, con esclusione dunque di qualunque richiesta di risarcimento dei danni patiti.

Per quanto concerne la mancata applicazione delle condizioni contrattuali, di cui alla richiesta sub ii), i principi di buona fede e correttezza che ispirano, a norma dell'articolo 1375 del Codice civile, l'esecuzione del contratto, impongono che le parti contraenti si rifacciano al regolamento contrattuale concordato in sede di sottoscrizione del contratto e ne diano puntuale attuazione. Pertanto, qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo rispetto alla richiesta di attivazione della linea, alla richiesta dell'utente di modifica del contratto o alla consegna di apparati rispetto alle tempistiche stabilite nelle Condizioni di contratto o con lo specifico accordo delle parti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità deve dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso (per esempio la necessità di ottenere permessi amministrativi o autorizzazioni analoghe o fatti ascrivibili all'utente) ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa dell'operatore. In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, senza che possa ritenersi sufficiente un mero richiamo “formale” ai motivi tecnici, bensì l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto, così da poter scegliere, per esempio, se recedere dal contratto. Allo stesso modo, l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere gli ostacoli amministrativi o tecnici incontrati, per esempio documentando la tempestività delle richieste inviate alla Pubblica Amministrazione competente. Applicando tali principi al caso di specie, ne discende che Vodafone Omnitel N.V. doveva tenere indenni i sig.ri Gerbella, Tretti e Turin dalla mancata applicazione delle tariffe concordate, causata da proprie problematiche interne; ed infatti la Società, come dichiarato in udienza, ha proceduto allo storno della fatturazione relativa al traffico su rete RAM interna non correttamente fatturato, implicitamente riconoscendo la non correttezza della propria condotta. Tuttavia, ciò non è sufficiente a riparare all'inadempimento di Vodafone: l'operatore, infatti, non ha consegnato le due chiavette internet in comodato d'uso, ma ne ha addebitato un costo (presumibilmente per la cessione della proprietà) agli utenti, né ha correttamente applicato le condizioni relative al traffico estero relativamente alla numerazione 3483358xxx, né ha, infine, completato la portabilità di alcune numerazioni verso Vodafone. Per questi motivi, in assenza di dichiarazioni di Vodafone che possano giustificare i disservizi lamentati, detto operatore sarà tenuto a provvedere – al netto

degli storni che Vodafone ha dichiarato di aver già effettuato - al ricalcolo delle fatture con l'applicazione corretta delle somme a carico degli utenti a partire dalla sottoscrizione del contratto (ottobre 2008), nonché al rimborso delle somme illegittimamente corrisposte dagli utenti medesimi ad altri operatori nell'attesa della conclusione della portabilità per alcune delle utenze in oggetto.

Con riferimento alla perdita delle due numerazioni 3389559xxx e 3355857xxx, che risultano essere state in uso agli istanti per circa venti anni, l'operatore non ha dichiarato alcunché, mentre gli istanti, rispondendo al supplemento istruttorio disposto dall'Autorità, hanno fornito sufficienti elementi per poter decidere la questione, derivante da una cattiva gestione della procedura da parte di Vodafone e che si ritiene, perciò, meritevole di indennizzo. In materia soccorre l'articolo 9 dell'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS, il quale prevede che, in caso di perdita della numerazione, l'utente abbia diritto ad euro 100,00 di indennizzo, fino ad una soglia massima di euro 1.000,00, da quadruplicare nel caso di utenze business, ai sensi del successivo articolo 12, comma 2. Nel caso di specie, gli utenti hanno denunciato la perdita di numerazioni su cui erano attivati profili contrattuali business; in base ai criteri sopra enucleati, quindi, hanno titolo ad un indennizzo massimo di euro 4.000,00 per ogni numerazione persa, da corrispondere all'intestatario di ciascuna delle numerazioni.

CONSIDERATO che la Società, in merito alla richiesta di storno degli importi contestati, ha dato atto di aver emesso già una nota di credito in favore del cliente;

RITENUTO, tuttavia, che la mancata applicazione delle condizioni contrattuali concordate con Vodafone Omnitel N.V. è da ritenersi illegittima, come meglio precisato in motivazione e che, pertanto, la Società sarà tenuta al ricalcolo delle fatture con applicazione corretta delle somme nonché il rimborso delle somme illegittimamente corrisposte ad altri operatori nell'attesa della conclusione della portabilità per alcune delle utenze;

RITENUTO, inoltre, che la perdita delle due numerazioni 3389559xxx e 3355857xxx è anch'essa da ritenersi illegittima, come meglio precisato in motivazione e che, pertanto, la Società sarà tenuta a liquidare un equo e congruo indennizzo;

RITENUTO, altresì, di poter applicare per il computo dell'indennizzo, i parametri stabiliti dalla delibera n. 73/11/CONS, Allegato A, tenendo in considerazione la tipologia del contratto (*business*) ed il numero di utenze;

RITENUTO 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;

RITENUTO, infine, che, per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore delle parti istanti, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento, l'importo onnicomprensivo di euro 50,00 considerato che le stesse hanno presenziato tramite un proprio rappresentante all'udienza di conciliazione presso il Corecom Veneto ed all'udienza innanzi all'Autorità;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Maurizio Dècina, relatore ai sensi dell'articolo 31 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

1. In parziale accoglimento dell'istanza dei sig.ri Gerbella, Tretti e Turin, la società Vodafone Omnitel N.V. è tenuta a:

- i. ricalcolare le fatture con applicazione corretta delle somme nonché a rimborsare le somme illegittimamente corrisposte dagli istanti ad altri operatori nell'attesa della conclusione della portabilità di alcune delle utenze
- ii. liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore del titolare dell'utenza n. 3389559xxx, la somma di euro 4.000,00 (quattromila/00) a titolo di indennizzo per la perdita dell'utenza medesima, maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
- iii. liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore del titolare dell'utenza n. 3355857xxx, la somma di euro 4.000,00 (quattromila/00) a titolo di indennizzo per la perdita dell'utenza medesima, maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
- iv. liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore degli istanti, la somma onnicomprensiva di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura.

La Società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità 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 11, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 3, del Regolamento di cui alla 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.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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 e pubblicata sul sito web dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 2 agosto 2012

IL COMMISSARIO RELATORE
Maurizio Dècina

IL PRESIDENTE
Marcello Cardani

Per visto di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola