

DELIBERA N. 14/13/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
IL CUNEO █████ / VODAFONE OMNITEL █████
IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 14.2.2013;

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", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

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

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 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, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "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" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 26 Settembre 2011, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/558/2011, con cui IL CUNEO █████ (di seguito, per brevità, "Il Cuneo") ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società VODAFONE OMNITEL █████ (di seguito, per brevità, "Vodafone");

VISTA la nota del 02.11.2011 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE le memorie ed i documenti presentati dalle parti, nonché la replica dell'utente;

UDITE tutte le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) L'utente ha introdotto il presente contenzioso lamentando la mancata attivazione dei servizi voce, internet e del dominio "ilcuneo.org" di cui al contratto "Internet e telefono Tutto Flat" concluso con Vodafone il 25.9.2009, nonché la mancata risposta ai numerosi reclami inoltrati.

Il procedimento di conciliazione si concludeva con esito negativo – dopo un rinvio chiesto da Vodafone all'udienza del 30.5.2011 *"per acquisire la documentazione"* – all'udienza del 20.9.2009, nella quale l'utente chiedeva indennizzo per € 15.000,00 per tutti i disservizi subiti, considerando che trattavasi di utenza business, oltre all'immediata attivazione dei servizi, e Vodafone non accordava le richieste.

b) Con successiva istanza di definizione (prot. LAZIO/D/558/2011) e memoria difensiva, l'utente si riportava a quanto già dedotto e richiesto in sede di tentativo di conciliazione, specificando che Vodafone non aveva neppure ottemperato all'ordine di attivazione emesso dal Corecom Lazio ex art. 5 Delibera 173/07/CONS in data 27.6.2011; insisteva pertanto nelle richieste di indennizzo – da calcolarsi ex Delibera 73/11/CONS - per la mancata attivazione dei tre servizi (voce, internet, dominio) di cui al contratto e per la mancata risposta ai reclami.

c) Con memoria difensiva tempestivamente depositata, Vodafone eccepiva l'inammissibilità dell'istanza per genericità della richiesta di indennizzo; nel merito, deduceva che ove l'utente non si fosse medio tempore rivolto ad altro gestore per l'attivazione dei medesimi servizi di cui al contratto Vodafone, era ravvisabile *"una chiara condotta negligente dell'utente"* ed il gestore non avrebbe potuto essere condannato per disservizi *"che l'utente avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"*; precisava altresì che *"sui sistemi della Vodafone Omnitel non risulta alcuna richiesta di attivazione da parte dell'utente"*.

d) L'utente replicava a quanto dedotto da Vodafone, deducendo il mancato adempimento del contratto da parte del gestore, nonostante la conferma dell'ordine rif. N. ■■■ di cui alla mail del 25.9.2009 ritualmente prodotta sin dal procedimento di conciliazione; l'inottemperanza all'ordine di attivazione; la condotta negligente di Vodafone.

e) All'udienza di discussione del 24.02.2012, entrambe le parti si riportavano alle proprie memorie difensive e richieste; l'utente chiedeva che si procedesse all'invio ad AgCom della documentazione relativa all'inottemperanza all'ordine di attivazione ai fini dell'avvio di procedimento sanzionatorio nei confronti di Vodafone; Vodafone deduceva che tale invio era già stato effettuato con comunicazione del Corecom Lazio del 13.7.2011 prot. U494/2011.

Il Legale Istruttore, preso atto del mancato raggiungimento di un accordo transattivo, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

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

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

L'eccezione preliminare di inammissibilità svolta da Vodafone per genericità dell'istanza relativamente alle richieste di indennizzo deve essere rigettata: l'utente ha correttamente svolto e qualificato la domanda di indennizzo per mancata attivazione dei servizi voce, internet, da quantificarsi ex Delibera 73/11/CONS.

Quanto invece alla domanda relativa alla mancata attivazione del dominio, la stessa è da ritenersi inammissibile in quanto riferita ad un contratto di "hosting", non rientrante nel novero dei servizi di comunicazioni elettroniche di cui all'art.1, comma 1, lettera l) del Regolamento 173/07/CONS. Pertanto, in difetto del requisito oggettivo indefettibile per richiedere l'intervento dell'Autorità, ai sensi dell'art.14 del Regolamento, la domanda non è proponibile.

2.2. Nel merito.

L'utente ha prodotto copia della comunicazione mail del 25.9.2009 con cui Vodafone conferma l'ordine di attivazione del contratto "Internet e Telefono Tutto Flat" per i servizi voce e internet ed ha dunque fornito la prova, su di lui gravante, della conclusione del contratto.

L'operatore si limita ad affermare che nei propri sistemi non risulta alcuna richiesta di attivazione dell'utente.

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. Il 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.

Nella fattispecie, avendo l'utente provato con la " Conferma ordine" di Vodafone del 25 settembre

2009 la domanda di attivazione dei servizi, spettava all'operatore, a fronte della dedotta mancata attivazione, provare di avere svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio o che l'inadempimento fosse dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

Non avendo Vodafone fornito alcuna prova al riguardo, deve quindi dichiararsi l'inadempimento di Vodafone al contratto concluso il 25.9.2009 ed il conseguente diritto dell'utente al pagamento di un indennizzo per la mancata attivazione dei servizi di cui al contratto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo spettante all'utente, occorre tuttavia valutare la condotta da questo tenuta, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 c.c.

L'utente lamenta infatti la mancata attivazione di un contratto business, concluso il 25.9.2009 e relativamente al quale afferma avere inoltrato numerosi reclami tramite call center, senza tuttavia indicare le date di inoltro dei predetti reclami, e senza specificare cosa – in occasione dei numerosi reclami – gli operatori del call center avrebbero risposto. L'utente, infatti, aveva a disposizione gli strumenti idonei a limitare il pregiudizio derivante dalla mancata attivazione dei servizi, ed, in particolare, la possibilità di recedere dal contratto o di esercitare il diritto di ripensamento, di fruire del servizio rivolgendosi ad operatori alternativi, ovvero, in alternativa, l'attivazione delle procedure d'urgenza previste dalla delibera n. 173/07/CONS in materia di provvedimenti temporanei diretti a garantire la riattivazione del servizio, procedura quest'ultima in effetti poi promossa, ma solo in data 20.6.2011, ovvero 21 mesi dopo la conclusione del contratto di cui oggi lamenta l'inadempimento.

Ciò premesso, pertanto, per la determinazione della misura dell'indennizzo, 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, si ritiene 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 verificerebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto .

In conclusione, vengono dunque considerate le seguenti circostanze:

- 1) la natura principale dei servizi voce e internet oggetto del contratto non attivato;
- 2) il mancato esercizio della facoltà riconosciute dalla legge all'utente ed il ritardato ricorso alla procedura d'urgenza prevista dalla delibera 173/07/CONS., che hanno prolungato ulteriormente il disservizio a causa dell'inerzia dell'istante, il cui comportamento rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 cod. civ.;
- 3) l'inottemperanza all'ordine di attivazione.

Pertanto, 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, si ritiene equo e proporzionale riconoscere l'indennizzo spettante all'utente, nella misura del 50% sino al deposito del ricorso per il provvedimento d'urgenza (20.6.2011) e nella misura del 100% dal predetto deposito e sino alla

data di deposito dell'istanza di definizione (26.9.2011).

In considerazione delle osservazioni sopra svolte, infatti, dies a quo per il calcolo dell'indennizzo non può che essere quello in cui i servizi avrebbero dovuto essere attivati: nessuna delle parti ha prodotto copia delle condizioni generali e particolari di contratto, né la carta servizi, utili al fine di stabilire i tempi di attivazione promessi da Vodafone ai propri utenti; né l'utente ha specificato gli eventuali tempi di attivazione promessi da Vodafone in sede di trattativa o di conclusione del contratto.

L'Allegato A alla delibera n.179/03/CSP (rubricato "*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*") prevede, all'articolo 11, comma 2, che "*Per gli inadempimenti contrattuali ed il mancato rispetto degli standard di qualità di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a, gli organismi di telecomunicazioni fissano ed indicano nelle carte dei servizi e nella documentazione di fatturazione, i casi di indennizzo a richiesta e di indennizzo automatico e i relativi importi che devono essere univocamente determinabili e proporzionati al pregiudizio arrecato. In ogni caso, gli organismi di telecomunicazioni corrispondono un indennizzo rispondente ai requisiti sopra indicati per i ritardi nella fornitura del collegamento iniziale, ivi compresi i casi in cui il collegamento è fornito al proprio cliente mediante servizi di accesso disaggregato a livello di rete locale*". E', dunque, nelle Carte dei servizi dei vari operatori che vanno ricercati i parametri di qualità dei servizi erogati, ivi compresi i tempi di attivazione dei servizi. Nel caso di Vodafone, la Carta dei servizi prevede che i servizi voce siano attivati entro 20 giorni lavorativi dalla sottoscrizione del contratto nel 99% dei casi, mentre i servizi dati entro 60 giorni (sempre nel 99% dei casi); atteso che il contratto è stato stipulato il 25.9.2009, il servizio voce avrebbe dovuto essere attivato entro il 15.10.2009 ed il servizio internet entro il 24.11.2009.

Avuto riguardo al dies ad quem, per quanto l'utente lo identifichi con la futura/ipotetica data di riattivazione, vale il consolidato orientamento giurisprudenziale Agcom in tema di mancata attivazione di servizi, per cui lo stesso debba coincidere con il deposito dell'istanza di definizione (26.9.2011) in quanto la scelta di sottoporre la controversia ad un terzo in sede di definizione amministrativa rappresenta il momento in cui la risoluzione della questione transita dalla gestione delle parti a quella di un terzo, e che pertanto il mancato adempimento in pendenza di una procedura di definizione amministrativa non sarebbe ragionevolmente sanzionabile.

Conseguentemente, Vodafone è responsabile per complessivi 711 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio voce, e per 671 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio internet: la liquidazione dell'indennizzo, come sopra specificato, deve essere temperata tenuto conto del comportamento dell'utente rilevante ex art. 1227 c.c. e quindi, quanto al servizio voce, Vodafone va ritenuta responsabile al 50% del disagio arrecato per il periodo 15.10.2009 al 20.6.2011 (613 giorni) ed al 100% per il periodo dal 20.6.2011 al 26.9.2011 (98 giorni); quanto al servizio internet, Vodafone va ritenuta responsabile al 50% del disagio arrecato per il periodo 24.11.2009 al 20.6.2011 (573 giorni) ed al 100% per il periodo dal 20.6.2011 al 26.9.2011 (98 giorni).

L'utente ha pertanto diritto ai seguenti indennizzi, considerata la tipologia di utenza business:

- Ex combinato disposto di cui agli artt. 3, comma 1, e 12, comma 2 Delibera n. 73/11/CONS, € 4.597,00 per mancata attivazione del servizio voce nel periodo 15.10.2009-20.6.2011 (al 50%); ed € 1.470,00 per il periodo 20.6.2011-26.9.2011 (al 100%);

- Ex combinato disposto di cui agli artt. 3, comma 1, e 12, comma 2 Delibera n. 73/11/CONS, € 4.297,50 per mancata attivazione del servizio internet nel periodo 24.11.2009-20.6.2011 (al 50%); ed € 1.470,00 per il periodo 20.6.2011-26.9.2011 (al 100%);

Infine, l'utente ha dedotto la mancata risposta ai numerosi reclami inoltrati tramite call center, chiedendo il pagamento dell'indennizzo previsto dalla Delibera 73/11/CONS.

Vodafone non ha preso posizione sul punto.

Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera) secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. La mancata o ritardata risposta al reclamo inviato, da cui è derivata per l'utente una *mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo, anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

L'utente ha pertanto diritto al pagamento di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, per la cui determinazione, considerato il costante orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Del. nn. 32/12/CIR, 97/12/CIR, 101/12/CIR), ai sensi dell'art.11, comma 1 e 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, e considerato che Vodafone non ha risposto al reclamo neppure alle udienze per il tentativo di conciliazione, né ha preso posizione durante il procedimento di definizione, va riconosciuto all'utente un indennizzo pari ad € 300,00 per la mancata risposta al reclamo.

3. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*".

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta da IL CUNEO [REDACTED] nei confronti dell'operatore VODAFONE OMNITEL [REDACTED] sia da accogliere nei limiti di cui in motivazione;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 100,00 (cento/00) quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

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

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata da IL CUNEO [REDACTED] in data 26.9.2011.

La società VODAFONE OMNITEL [REDACTED] è pertanto tenuta a riconoscere in favore de IL CUNEO [REDACTED], tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 6.067,00= (seimila sessantasette/00=) per mancata attivazione del servizio voce, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 5.767,50= (cinquemila settecentosessantasette/50=) per mancata attivazione del servizio internet, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- c) Euro 300,00= (trecento/00=) per mancata risposta al reclamo, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- d) Euro 100,00= (cento/00=) a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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.

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.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. 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 comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 14 febbraio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Livio Sviben

Fto