
CORECOM
Comitato Regionale per le Comunicazioni

Titolo 1.10.4 - 1.10.21/39
(1.10.21/114 VIII legislatura)

DELIBERAZIONE n. 1/2011

(estratto dal verbale del 17 gennaio 2011)

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA GEMMA DI XXX E VODAFONE OM-NITEL N.V.

Presenti:

Gardini Gianluca
Giuseppe Bettini
Alberici Arianna

Presidente
Vicepresidente
Componente

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni, 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 e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza di definizione della ditta individuale Gemma di XXX, con sede in YYY, YYY, in persona del legale rappresentante *pro tempore* XXX, inoltrata in data 24 novembre 2009 all'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e da questa acquisita agli atti il 25 novembre 2009 (prot. 87992/09), successivamente trasmessa per competenza a quest'ufficio in data 03/12/2009 ed acquisita al protocollo in data 16 dicembre 2009 (prot. 35836/09), rubricata con il titolo 1.10.21/39 (ovvero 1.10.21/45 VIII legislatura), trasmessa direttamente anche a quest'ufficio (prot. 6705/10);

VISTO che con la suddetta istanza l'utente ha instaurato un procedimento di definizione della controversia avverso il gestore Vodafone Omnitel N.V., ex artt. 14 e ss. del. Agcom 173/07/CONS, nei cui confronti ha chiesto " ... un risarcimento per il danno d'immagine, per il danno morale e di pubblicità di € 15.000", a fronte del mancato inserimento del nominativo della ditta Gemma di XXX nell'elenco Pagine Bianche e in quello di Pagine Gialle;

VISTA la necessità di assicurare la partecipazione al procedimento di Telecom Italia s.p.a. stante la sua qualità di ente gestore istituzionalmente deputato a garantire il servizio universale, nel quale rientra anche la fornitura di un elenco telefonico completo relativo alla rete urbana di appartenenza dell'abbonato, aggiornato a scadenze regolari ed almeno una volta l'anno, ai sensi del comb. disp.

di cui agli artt. 55 e 58 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/03);

VISTA l'atto di avvio del procedimento più volte trasmesso alle parti litiganti oltreché a Telecom Italia s.p.a., per motivi di mancata ricezione telefax da parte dell'istante, e di cui alle comunicazioni effettuate in date 03 giugno 2010 (prot. 16357/10), 07/07/2010 (prot. 20700/10) e 09/07/2010 (prot. 21072/10);

VISTO E RICEVUTO il documento di deduzioni inviato da Telecom Italia s.p.a. in data 22/06/2010 (prot. 18895/10);

CONSIDERATO il mancato e ingiustificato deposito da parte di Vodafone Omnitel N.V., entro i termini di rito, di memorie e produzioni difensive ai sensi dell'art. 16 del. AGCOM 173/07/CONS;

VISTA E CONSIDERATA la comparizione dell'istante, in persona del legale rappresentante sig.ra XXX, all'udienza di discussione della controversia svolta in data 28/07/2010 (prot. 23073/10);

CONSIDERATO l'omesso e ingiustificato assolvimento, da parte di Vodafone, dell'onere di produzione e allegazione sulla medesima incumbente in via istruttoria, per effetto di quanto richiesto e disposto d'ufficio con la comunicazione di avvio del procedimento, con particolare con riferimento alla produzione di copia dei moduli sottoscritti dall'istante relativi alla richiesta di permanenza / inserimento in elenco, nonché alla copia delle risultanze della banca dati unica in ordine all'utenza oggetto di mancato inserimento in elenco (prot. 16357/10);

VISTA la mancata comparizione del gestore Vodafone Omnitel N.V. all'udienza di discussione sulla base della comunicazione di Vodafone di cui immediatamente appresso (prot. 22934/10);

VISTA la comunicazione via telefax del 26/07/2010 trasmessa dal difensore di Vodafone Omnitel N.V., avv. M. Motta (prot. 22934/10), con la quale tale operatore ha rilevato l'incompatibilità dell'istanza di definizione della Gemma di XXX rispetto alle materie oggetto di possibile accertamento da parte del CORECOM, in base alla delibera 173/07/CONS, poiché tale istanza riguarderebbe " ... *semplicemente il risarcimento del danno all'immagine che l'utente avrebbe subito in seguito al mancato inserimento del proprio nominativo negli elenchi telefonici. Non si tratta, dunque, di disservizio coperto dalla Carta del Cliente. Alla luce di quanto fin qui descritto, quindi, l'esponente procuratore non sarà presente alla udienza che si terrà il 28.07 p.v.*";

RITENUTA l'irritualità, la tardività e la conseguente irricevibilità della predetta comunicazione di Vodafone, ai sensi e in applicazione dell'art. 16 comma 2 del. 173/07/CONS, stante l'intervenuta scadenza dei termini per la produzione di memorie;

UDITA all'udienza di discussione la sig.ra XXX, la quale, a verbale, oltre a contestare quanto dichiarato da Vodafone con la comunicazione dell'avv. Motta del 26/07/2010, ha altresì precisato che " ... *il risarcimento richiesto con il modello GU14 deve intendersi quale richiesta di accertamento e di condanna di Vodafone al pagamento degli indennizzi tutti dovuti in relazione all'omesso inserimento del nominativo della ditta Gemma di XXX nell'elenco telefonico (Pagine Bianche) di*

YYY e relativa provincia, ribadendo la competenza del Corecom in relazione al presente procedimento" (prot. 23073/10);

RITENUTA e riscontrata l'ammissibilità dell'istanza ai sensi e in applicazione di quanto stabilito e precisato dall'art. III.1.3 del. AGCOM 529/09/CONS (cosiddette "Linee guida"), in virtù della possibilità di ritenere ammissibili anche le istanze contenenti la richiesta di condanna del gestore al risarcimento danni e ciò nel caso in cui, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito al *petitum*, l'oggetto della domanda dell'utente risulti compatibile con il riconoscimento di una somma a titolo di indennizzo ovvero con la richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione;

RITENUTA pertanto l'ammissibilità dell'istanza di definizione in oggetto pur nei limiti e in ossequio ai criteri sopra specificati, ai soli fini di valutarne la meritevolezza in ambito indennitario con esclusione di qualsiasi accertamento di ordine e fini risarcitori;

VISTA la precisazione formulata dall'utente in sede di udienza di discussione riguardante la limitazione della domanda al solo mancato inserimento del nominativo nelle Pagine Bianche e quindi con esclusione di qualsivoglia accertamento in ordine al mancato inserimento di detto nominativo nelle Pagine Gialle, queste ultime non rientrando peraltro nelle garanzie e nei contenuti del cosiddetto servizio universale e pertanto esulando dalla competenza e dalla specifica attività di garanzia, tutela e vigilanza delegata dall'AGCOM a questo servizio;

VISTA le relazioni del responsabile del procedimento, avv. Marco Ciancaglini (prot. 739/2011) e la proposta di decisione del responsabile del Servizio CORECOM, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 934/2011);

UDITA l'illustrazione del componente, avv. Giuseppe Bettini, svolta nella seduta del 17 gennaio 2011;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

L'esperita istruttoria ha messo in luce come, in data 23 luglio 2008, la ditta individuale Gemma di XXX abbia stipulato un contratto di fonia con Vodafone Omnitel NV. relativamente all'utenza n. 0523.456676, aderendo al piano tariffario "Senza limiti new", migrando verso il predetto operatore con procedura di *unbundling local loop* in data 28/08/2008.

In sede di stipulazione del contratto la ditta Gemma ha compilato, sottoscritto e fatto pervenire all'operatore l'apposito modulo, predisposto da Vodafone, finalizzato all'inserimento della sua esatta denominazione nell'elenco telefonico, in tempo per la pubblicazione relativa all'anno 2009.

Tale richiesto inserimento non è mai stato effettuato e avverso tale contestata inadempienza, in data 25 febbraio 2009, l'utente ha presentato reclamo scritto all'operatore.

Quest'ultimo, in data 05 marzo 2009, tramite messaggio sms, ha comunicato all'utente l'avvenuta presa in carico della doglianza oggetto del reclamo e successivamente, in un'ottica di composizio-

ne della vertenza, ha contattato l'utente tramite il proprio servizio clienti offrendole una mera riduzione annuale del canone mensile di euro 15,00 pari a sei mesi a canone zero e sei mesi al 50% (prot. 22862/10).

Tale proposta è stata rifiutata dall'utente poiché giudicata inadeguata rispetto all'entità delle conseguenze patrimoniali derivanti dal mancato inserimento in elenco.

Nonostante il reclamo dell'utente l'operatore non ha provveduto alla pubblicazione neppure in tempo utile per l'anno 2010, nonostante l'avvenuta presentazione da parte dell'utente dell'istanza di conciliazione inoltrata allo scrivente CORECOM in data 30 marzo 2009.

Il disservizio si è quindi protratto per due anni e correlativamente per le pubblicazioni degli elenchi degli anni 2009 e 2010, senza che Vodafone Omnitel N.V. abbia mai preso definitiva e consapevole contezza del suo obbligo di dare esatta esecuzione alla richiesta di inserimento in elenco e senza che abbia nuovamente contattato l'utente al fine di lavorare nuovamente e risolvere adeguatamente il reclamo presentato dall'utente.

Infine, ai primi del mese di marzo 2010, stante la reiterata inadempienza dell'operatore, l'utente ha deciso di migrare verso Telecom Italia s.p.a. alla quale ha formulato analoga richiesta di inserimento in elenco (prot. 6705/10).

MOTIVI DELLA DECISIONE

Si riscontra la fondatezza dell'istanza di definizione ancorché entro un ambito indennitario rispetto all'iniziale istanza risarcitoria dell'utente, con conseguente riconducibilità del *petitum* originario entro i termini di ammissibile accertamento rientranti nella competenza di quest'ufficio.

In punto di diritto, in via pregiudiziale, in rito, deve aversi considerazione riguardo alla omessa attività deduttiva e difensiva di Vodafone Omnitel N.V. e della sua mancata partecipazione all'udienza di discussione, con conseguente implicita acquiescenza e accettazione del medesimo gestore rispetto alle deduzioni, alle produzioni e alle contestazioni formulate dall'utente in ordine alla fattispecie controversa.

In virtù di quanto sopra deve reputarsi accertato e pacifico sia l'avvenuto perfezionamento della migrazione del numero dell'utente su rete Vodafone in data 28/08/2008, anche in forza di quanto dedotto in atti dal precedente gestore Telecom Italia s.p.a., sia della successiva manifestazione di volontà espressa dall'utente in data 11 settembre 2008 finalizzata all'inserimento del proprio nominativo in elenco ad opera della stessa Vodafone Omnitel N.V.

A seguito di tale richiesta, in capo a Vodafone Omnitel N.V. è sorto l'obbligo di provvedere ad effettuare l'inserimento e la registrazione delle volontà e dei dati comunicati dall'utente, nella base dati stabilita dall'art. 2 del. AGCOM 36/02/CONS, ciò in funzione della successiva pubblicazione del nominativo specificato dalla ditta Gemma nel primo elenco utile delle Pagine Bianche relative alla rete urbana di appartenenza della medesima utente.

In mancanza di contrarie e specifiche deduzioni ed eccezioni da parte di Vodafone Omnitel N.V., deve ritenersi che il primo elenco utile fosse proprio quello del 2009, tale fatto rinvenendo dalla allegazione effettuata dall'utente e dalla mancata specifica contestazione di tale fatto da parte dell'operatore.

In punto di diritto, si ritiene che il fatto in questione risulti accertato ai sensi dell'art. 115 comma 1 c.p.c. ossia per effetto dell'omessa specifica contestazione della circostanza da parte del gestore resistente, nonché in applicazione del consolidato principio secondo il quale *"In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore ... deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento"* (Cass. civ. Sez. Unite, 30/10/2001, n. 13533).

Al mancato adempimento dell'obbligazione di corretto inserimento della numerazione in elenco incombente sull'operatore resistente, consegue la responsabilità di quest'ultimo ai sensi dell'art. 1218 c.c. e la condanna del medesimo operatore alla corresponsione di un indennizzo da riconoscersi e da pagarsi a favore dell'utente.

Nello specifico caso in esame, Vodafone Omnitel N.V., in quanto responsabile del mancato inserimento in elenco del nominativo dell'utente, sarà tenuto a corrispondere all'utente un indennizzo

ammontante a quattro volte il costo del canone mensile di abbonamento, pari nella fattispecie a euro 15,00 per complessivi euro 60,00, da moltiplicarsi per i due anni di esercizi in cui l'utente è rimasta priva del servizio ad essa dovuto, ossia per il numero di anni per i quali si è protratto l'inadempimento del gestore resistente, per un indennizzo complessivo di euro 120,00.

Nello specifico caso in esame, Vodafone Omnitel N.V., in quanto responsabile del mancato inserimento in elenco del nominativo dell'utente, sarà tenuto a corrispondere all'utente un indennizzo ammontante a quattro volte il costo del canone mensile di abbonamento, pari nella fattispecie a euro 15,00 per complessivi euro 60,00, da moltiplicarsi per i due anni di esercizi in cui l'utente è rimasta priva del servizio ad essa dovuto, ossia per il numero di anni per i quali si è protratto l'inadempimento del gestore resistente, per un indennizzo complessivo di euro 120,00.

Il medesimo operatore dovrà altresì corrispondere un indennizzo per la mancata erogazione del servizio di avviso da fornirsi per 90 giorni ai fini dell'indicazione del numero telefonico omesso dall'elenco.

In via analogica, come consentito dalle linee guida AGCOM (del. 529/09/CONS), tale ultimo indennizzo sarà stabilito adottandosi l'importo *pro die* di euro 10,00, ossia l'importo riconosciuto dalla carta dei servizi Vodafone per ogni giorno di ritardo nella corretta esplicazione degli standard qualitativi previsti in tema di corretto funzionamento del servizio somministrato.

Tale ultimo importo sarà moltiplicato, ai sensi di legge, per i suindicati 90 giorni e quindi moltiplicato per 2 ossia per il numero di anni in cui il disservizio si è illecitamente protratto.

L'indennizzo relativo al canone comprensivo di otto mensilità sarà quindi pari ad euro 120,00 (euro 15,00 per 8 mensilità), mentre l'indennizzo per l'omesso avviso sarà pari ad euro 1.800,00 (euro 10,00 per 180 giorni), per un totale complessivo di euro 1.920,00.

A tale ultima somma dovrà infine aggiungersi un indennizzo relativo alla inefficace e inadeguata gestione del reclamo da parte di Vodafone, la quale, contrariamente a quanto prescritto dall'art. 8 della delibera AGCOM 179/03/CSP e dalla stessa carta dei servizi Vodafone, non ha adeguatamente indicato per iscritto le motivazioni del rigetto del reclamo proposto dall'utente in data 25 febbraio 2009 e gli accertamenti compiuti.

All'utente dovrà pertanto riconoscersi un adeguato e proporzionale indennizzo, anche ai sensi dell'art. 11 comma 2 della predetta delibera nonché dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs 259/2003), in forza del principio che per gli inadempimenti contrattuali gli indennizzi corrisposti e riconosciuti dall'autorità devono essere proporzionati al pregiudizio arrecato, con ciò stabilendosi che l'indennizzo debba essere commisurato al requisito dell'equità, onde soddisfare e tenere indenne l'istante rispetto al decorso del tempo necessario per la definizione del procedimento di definizione della controversia.

Tale indennizzo farà data dal quarantacinquesimo giorno successivo al reclamo ai sensi della carta dei servizi Vodafone e quindi decorrerà dalla data del 12 aprile 2009 con termine il giorno 01 settembre 2009, data della prima udienza di conciliazione, per un totale di giorni 132.

L'importo *pro die* di tale ultimo indennizzo è da fissarsi, anch'esso in via analogica, in euro 10,00 ai sensi della carta dei servizi Vodafone.

L'importo complessivo per il mancato riscontro scritto al reclamo e per la conseguente irregolare gestione dello stesso ammonta pertanto a complessivi euro 1.320,00.

In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in euro 100,00, sulla base di quanto disposto dal par. III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante ha partecipato, senza assistenza, tanto all'udienza di conciliazione quanto a quella di definizione, svolte in luogo differente da quello di domicilio.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità,

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dalla ditta Gemma di XXX, domiciliata nel comune di YYY, YYY, rubricata con il titolo 1.10.21/39 (ovvero 1.10.21/45 VIII legislatura), Vodafone Omnitel N.V. in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Ivrea (TO), Via Jervis 13, è tenuta a corrispondere all'utente le somme così liquidate:

- a) euro 120,00 (centoventi/00) a titolo di indennizzo per il mancato inserimento in elenco;
- b) euro 1.8000,00 (milleottocento/00) a titolo di indennizzo per la mancata indicazione del numero telefonico omesso dall'elenco;
- c) euro 1.320,00 (milletrecentoventi/00) a titolo di indennizzo per l'irregolare gestione del reclamo presentato dall'utente.
- d) € 100,00 (cento\00), quale di rimborso delle spese di procedura.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'utente.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM., assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

Vodafone Omnitel N.V. è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adem-

pimento alla presente delibera entro il termine di giorni sessanta giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d. lgs 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli art. 21 e 23 bis l. 1034/1971 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua notificazione.

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini