DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

A. PULEDDA/VODAFONE ITALIA XXX

(LAZIO/D/739/2015)

Registro Corecom n. 24/2017

IL DIRIGENTE

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”;

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, 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 del 16.12.2009 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. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente sig. A. Puledda presentata in data 09.09.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore Vodafone Italia XXX, di seguito per brevità “Vodafone”, una velocità di connessione inferiore a quella contrattualmente convenuta, e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. A novembre 2013, l’istante aveva stipulato con Vodafone un contratto “relax” che prevedeva una connessione per traffico dati con velocità minima di upload di 200kbit/s e in download di 2.1 Mbit/s
- b. La velocità di connessione è sempre stata inferiore ai minimi previsti;
- c. Nonostante i numerosi reclami verbali il problema non è stato risolto;
- d. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all’udienza del 7 settembre 2015, si è concluso con esito negativo.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. Indennizzo per malfunzionamento
- ii. Indennizzo per mancata risposta ai reclami

2. La posizione dell'operatore Vodafone.

Nel merito, l'operatore ha eccepito l'inammissibilità della domanda, perché generica e avente natura risarcitoria. Ha dedotto la mancanza di prove a sostegno della riconducibilità a Vodafone della lentezza di navigazione, confermando di aver regolarmente erogato il servizio compatibilmente con le soluzioni tecniche e di rete disponibili al momento della conclusione del contratto. Ha eccepito la mancata misurazione ufficiale della velocità attraverso il sistema Nemesys, ed ha precisato sotto il profilo contabile che l'utente è attivo e non presenta fatture insolute.

3. Motivazione della decisione

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

Viene rigettata l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'operatore per la natura risarcitoria della domanda, perché infondata.

In applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione e sulla base della documentazione prodotta dall'istante e delle difese svolte, la domanda può infatti essere interpretata e limitata come domanda di condanna dell'operatore al pagamento di un indennizzo, come peraltro espressamente qualificata dall'istante, in conseguenza di eventuali inadempimenti, nella fattispecie lamentati nel malfunzionamento del servizio ADSL e nella mancata risposta ai reclami.

E' altresì rigettata l'eccezione di genericità della domanda, avendo l'utente sufficientemente illustrato e descritto la presunta condotta inadempiente dell'operatore ed evidenziandosi che, seppure nell'istanza non sono precisate le specifiche norme dalla violazione delle quali discenderebbe il diritto all'indennizzo, la descrizione dei fatti consente all'Autorità l'esatto inquadramento della fattispecie e l'individuazione delle eventuali norme violate e degli eventuali indennizzi dovuti.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte per le seguenti motivazioni.

3.1 Sul malfunzionamento del servizio ADSL.

L'istante lamenta una velocità di navigazione in internet di gran lunga inferiore a quella convenuta nelle condizioni contrattuali, chiedendo la liquidazione di un indennizzo.

La domanda dell'utente può essere solo parzialmente accolta, per la seguente ragione.

Il quadro regolamentare costituito dalle Delibere n. 131/06/CSP e 244/08/CSP in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a internet da postazione fissa, come delineatosi a seguito delle modifiche introdotte dalle delibere 149/07/CSP, 400/10/CONS e 151/12/CONS, pone a carico del fornitore l'obbligo di specificare la velocità minima del servizio dati, risultante dalle misurazioni effettuate, per soddisfare esigenze di maggiore trasparenza e di scelta d'acquisto consapevole da

parte degli utenti. In altri termini, gli operatori devono rendere nota la velocità minima reale di accesso alla rete con il collegamento Adsl.

L'adempimento da parte degli operatori dell'obbligo di garantire la banda minima in downloading, di cui all'articolo 7, comma 3, della delibera n.244/08/CONS, cogente dall'entrata in vigore del predetto provvedimento, è stato reso operativo e verificabile per gli utenti con l'adozione a partire dal mese di ottobre 2010, del sistema Ne.Me.Sys che consente la verifica della qualità del servizio di accesso a Internet da postazione fissa resa all'utente finale e precisamente, in conformità a quanto previsto dall'articolo 8, comma 5, della citata delibera, entro un anno dalla designazione del soggetto indipendente di cui alla successiva delibera n.147/09/CSP. Infatti, l'art. 8, comma 6, Delibera 244/08/CSP dedicato alla *"Verifica della qualità di servizio resa ad uso dell'utente finale"* testualmente dispone che *"Qualora l'utente riscontri valori misurati degli indicatori peggiorativi rispetto a quelli di cui sopra può presentare, entro 30 giorni dalla data in cui ha effettuato la misura, mediante il servizio di cui al comma 1, un reclamo circostanziato all'operatore, allegandovi la certificazione attestante la misura effettuata, rilasciata per conto dell'Autorità. Ove non riscontri il ripristino dei livelli di qualità del servizio entro trenta giorni dalla presentazione del predetto reclamo, l'utente ha facoltà di recedere senza penali dal contratto per la parte relativa al servizio di accesso a Internet da postazione fissa, con un preavviso di un mese, mediante comunicazione inviata all'operatore con lettera raccomandata o messaggio di posta elettronica certificata"*.

Nella fattispecie, l'utente, seppure non ha utilizzato il sistema ufficiale Nemesys, ha tuttavia verificato la velocità di connessione attraverso due speed test, dai quali è risultata una velocità di navigazione inferiore rispetto a quella garantita.

Dal canto suo, l'operatore non ha svolto alcuna attività difensiva specifica sul punto, e si è limitato a dichiarare di aver regolarmente erogato il servizio compatibilmente con le soluzioni tecniche e di rete disponibili al momento della conclusione del contratto.

La domanda è dunque fondata e, sotto il profilo indennizzatorio, può essere valutata alla luce dell'art. 4 della delibera n.131/06/CSP, riconducendosi il malfunzionamento ad una parziale e discontinua erogazione che non ha comportato interruzione totale del servizio, e con riferimento al solo periodo di ritardo rispetto al tempo massimo contrattualmente previsto per la riparazione dei malfunzionamenti segnalati.

L'utente ha però genericamente dedotto che il malfunzionamento del servizio si è manifestato sin dall'attivazione e, altrettanto genericamente, ha dedotto di aver effettuato numerose segnalazioni telefoniche e solleciti, senza precisare la data o il numero di pratica assegnato alle eventuali segnalazioni telefoniche e senza circostanziarle ed identificarle secondo gli standards di tracciabilità previsti dalla Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni (Allegato A alla delibera 179/03/CSP) e dalla Direttiva in materia di qualità dei servizi telefonici di contatto (call center) nel settore delle comunicazioni elettroniche (delibera n. 79/09/CSP).

In altre parole, l'utente non ha provato di aver informato l'operatore del disservizio, e pertanto, in assenza di un atto di impulso di parte, non potendo conoscere la sussistenza di un disservizio, Vodafone non può ritenersi responsabile di un mancato tempestivo intervento risolutivo.

Ciò fino al reclamo scritto, svolto dal difensore dell'istante in data 13 aprile 2015. A seguito di tale segnalazione di malfunzionamento, non risulta infatti che Vodafone abbia posto in essere le azioni

necessarie per la risoluzione del problema, con conseguente sua responsabilità per il ritardo nella riparazione.

Ai fini della determinazione del periodo indennizzabile, pertanto, si prende a riferimento, quale dies a quo il 13 aprile 2015 (data del solo reclamo svolto), e quale dies ad quem il 9 settembre 2015 (data dell'istanza di definizione).

Ciò premesso, nella fattispecie occorre però anche valutare la condotta tenuta dall'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato.

Sorge quindi la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP - di 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 verificherebbe ove si applicassero gli indennizzi previsti dalla Delibera n. 73/11/CONS in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene pertanto opportuno ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 ("*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*") cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico " (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09).

Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede.

E precisamente:

- 1) il fatto che l'utente aveva comunque a disposizione gli strumenti idonei a limitare il pregiudizio conseguente al disservizio. Infatti, accertata la lentezza di navigazione, ove avesse avuto interesse ad un servizio dati più veloce, avrebbe potuto recedere dal contratto, senza costi aggiuntivi, e rivolgersi ad altro operatore;

- 2) il fatto che l'utente avrebbe comunque potuto avviare la procedura di conciliazione e d'urgenza appena avvedutosi del ritardo nella risoluzione del problema, tramite una procedura che avrebbe potuto portare alla adozione di un provvedimento temporaneo entro soli 10 giorni dalla istanza;
- 3) il fatto che l'utente ha reclamato per iscritto il disservizio solo una volta, non avendo fornito prova certa dei reclami telefonici;
- 4) il fatto che l'utente non ha utilizzato il sistema ufficiale Nemesys per documentare la velocità di connessione;
- 5) la natura non professionale del contratto, non avendo l'utente prodotto la copia del contratto da cui evincere la asserita natura business ed essendo state prodotte le sole condizioni di utilizzo del servizio attinenti a clientela privata;
- 6) il fatto che l'utente utilizzi tuttora il servizio dati Vodafone, nonostante il lamentato disservizio non risulti essere stato risolto.

Per tutti i motivi sopra esposti, da cui si evince ragionevolmente anche la non indispensabilità del servizio con quelle specifiche caratteristiche e la mancanza di un grave pregiudizio, per quanto dedotto in merito all'adeguatezza e alla proporzionalità dell'indennizzo, in applicazione dei principi di equità e di buona fede nell'esecuzione del contratto ed anche dell'art.1227 del c.c., si ritiene equo e proporzionale liquidare l'indennizzo, ai sensi dell'art. 5 comma 2 Allegato A della Delibera 73/11/CONS pari ad Euro 372,50, nella misura del 50%, e quindi in Euro 186,25.

3.2 Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami, e chiede il relativo indennizzo.

Richiamato quanto già esposto in ordine alla genericità dei reclami telefonici, la domanda viene accolta con riferimento al reclamo scritto del 13 aprile 2015.

Nulla viene infatti dedotto dall'operatore sul punto, né risulta avervi dato riscontro.

Rileva, allora, 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.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 11.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni), e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (7 settembre 2015), nella fattispecie viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 104,00.

4 Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) da porsi a carico dell'operatore Vodafone, considerato il rifiuto dell'offerta transattiva formulata da Vodafone all'udienza di discussione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art. 19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. A. Puledda nei confronti della società Vodafone Italia XXX (già Vodafone Omnitel XXX) .
2. La società Vodafone Italia XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura:
 - a) l'importo di Euro 186,25 (centoottantasei/25) a titolo di indennizzo ex art. 5 comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 - b) l'importo di Euro 104,00 (centosette/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 11.1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
3. La società Vodafone Italia XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. 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.
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. 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 Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 22/03/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto