

ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA
Comitato Regionale per le Comunicazioni

DELIBERA n.	47/2011
TITOLO	1.10.21/526
LEGISLATURA	IX

Il giorno 22 dicembre 2011 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il CORECOM dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIANLUCA GARDINI
GIUSEPPE BETTINI
ARIANNA ALBERICI

Presidente
Vicepresidente
Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI.

OGGETTO: DEFINIZIONE CONTROVERSA XXX / VODAFONE OMNITEL X

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 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 Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 21 luglio 2011 (titolo n. 1.10.21/526), con la quale il sig. XXX, domiciliato nel comune di XXX, via XXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod., la controversia in essere con le società Vodafone Omnitel X, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata dall'avv. XXX, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi, nel comune di XXX, XXX, relativamente all'utenza XXX;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 24604/2011);

VISTE la comunicazione di fissazione dell'udienza di discussione (prot. 26901/2011), la domanda di rinvio depositata da Vodafone Omnitel X (prot. 27970/2011), l'atto di rigetto della predetta istanza (prot. 28012/2011);

UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 5 settembre 2011, come da verbale (prot. 28166/2011);

VISTE la memoria autorizzata di Vodafone Omnitel X (prot. 27100/2011) coi relativi documenti allegati; la memoria di replica dell'istante (prot. 27260/2011); la comunicazione dell'istante (prot. 30610/2011); la comunicazione dell'istante (prot. 30755/2011); la successiva memoria autorizzata di Vodafone Omnitel X (prot. 32398/2011) e la comunicazione dello stesso operatore (prot. 32398/2011);

VISTI gli atti del procedimento ex artt. 5 e 21 del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod., ivi incluso il provvedimento temporaneo (prot. 25959/2011, confermato con provvedimento prot. 26898/2011);

VISTI gli atti del procedimento;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 41905/2011)

UDITA l'illustrazione del componente, avv. Giuseppe Bettini, svolta nella seduta del 22 dicembre 2011;

A voti unanimi

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia il sig. XXX deduce quanto segue: di aver sottoscritto nel giugno 2010 un contratto con Vodafone Omnitel X per la somministrazione del servizio telefonico voce e internet adsl, con apparato Vodafone Station, sull'utenza telefonica n. XXX; che Vodafone Omnitel X forniva prontamente la Vodafone Station; che il servizio erogato funzionava attraverso la rete mobile e non fissa; che Vodafone Omnitel NV ribadiva in più occasioni, attraverso il proprio servizio clienti, l'impegno a somministrare il servizio attraverso la rete fissa; che il servizio attraverso la rete mobile funzionava solo posizionando l'apparato Vodafone Station sul davanzale esterno di una finestra; che in data 1 febbraio 2011 Vodafone Omnitel X disattivava l'utenza senza preavviso; di aver pagato tutte le fatture ricevute, ad eccezione di quella del 18 maggio 2011 che riportava costi per la mancata restituzione dell'apparato Vodafone Station. L'istante domanda pertanto: la riattivazione dell'utenza e del servizio adsl; il risarcimento del danno subito, anche in considerazione dell'utilizzo dell'utenza per attività professionale.

Vodafone Omnitel X (di seguito, Vodafone), contestando quanto affermato dall'istante, eccepisce l'inammissibilità della richiesta di indennizzo, "stante la mancanza di prove, la mancata indicazione delle norme che si ritengono violate nonché dei parametri da applicare ai fini del calcolo", e deduce quanto segue: che il servizio è stato disattivato in data 31 gennaio 2010 per "problemi tecnici non imputabili a Vodafone Omnitel X"; deduce inoltre: che in base all'art. 3, c. 2, Condizioni generali di contratto, la velocità della connessione adsl dipende da molteplici fattori, specificamente indicati, e che ove sia impossibile la connessione alla rete fissa la connessione può essere effettuata attraverso la rete mobile ("tecnologia radio HSPA (super UMTS)"); che la distanza dell'utenza dalla centrale tecnica Telecom e la qualità insufficiente del doppino hanno impedito la connessione attraverso la rete fissa; che Vodafone ha fornito il servizio con tecnologia UMTS; che dal gennaio 2011 si sono verificati problemi tecnici non addebitabili a Vodafone per "scarsa copertura UMTS"; che il servizio è stato momentaneamente sospeso; che l'utenza è stata riattivata a febbraio 2011 a seguito di istanza ex art. 5, del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod.; che per il corretto funzionamento dell'utenza è necessario associare un nuovo numero mobile e che l'invio della relativa SIM è in corso.

Nel corso del procedimento ex artt. 5 e 21 del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod. l'istante comunicava la ricezione, a seguito di invio da parte di Vodafone, di una SIM incompatibile con l'apparato Vodafone Station, funzionante tramite un distinto modem da acquistare, con un piano tariffario differente e senza connessione adsl. Vodafone aggiungeva: che la modifica di piano tariffario è stata acconsentita a voce dall'utente; che la SIM, col relativo piano, è stata inviata in via provvisoria per "salvaguardare il numero telefonico"; che all'utente è stata inviata una seconda SIM per il servizio adsl; che la internet key necessaria per il servizio adsl poteva essere acquistata dall'utente attraverso punti omaggio Vodafone One appositamente accreditati; che Vodafone ha chiesto a Telecom l'accesso alla rete fissa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

È preliminarmente da rigettarsi l'eccezione di inammissibilità dell'istanza avanzata da Vodafone relativamente alla richiesta di indennizzo, "non determinato né determinabile stante la mancanza di prove, la mancata indicazione delle norme che si ritengono violate nonché dei parametri da applicare ai fini del calcolo dello stesso". Ai sensi dell'art. 14, c. 1 e art. 7, c. 2, lett. c), del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod. l'istante deve infatti indicare le richieste che, in forza del successivo art. 19, c. 4, sono *ope legis* limitate, in

fatto di indennizzi, a quanto previsto “dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità”. La valutazione del rispetto di tali obblighi, rispondendo a un principio di tutela del contraente più debole, deve condurre alla rettifica delle istanze inesatte, specie in materia di indennizzi, secondo quanto indicato dal par. III.1.2. del. AGCOM 529/09/CONS. Ciò premesso, l’istante ha richiesto il risarcimento del danno, fattispecie che deve essere correttamente interpretata come richiesta di indennizzi, ai sensi delle fonti normative e contrattuali sopra evidenziate.

Nel merito, la controversia in oggetto si struttura secondo due capi di doglianza: a) il ritardo nell’attivazione del servizio voce e internet attraverso rete fissa, con derivante malfunzionamento dell’utenza; b) la sospensione del servizio.

a) La domanda è fondata e deve essere accolta nei limiti che seguono. Ai sensi dell’art. 2.9 delle Condizioni generali di contratto l’obbligazione a carico di Vodafone di somministrazione del servizio adsl e voce attraverso la rete mobile è sospensivamente condizionata alla mancata somministrazione del servizio attraverso la rete fissa. La locuzione “fintanto che non sarà abilitata la linea telefonica del Cliente con tecnologia DSL [...] il servizio sarà fornito da Vodafone al Cliente mediante il servizio Wireless” così delinea infatti i rapporti contrattuali. Ne deriva che Vodafone avrebbe dovuto attivarsi per richiedere a Telecom l’utilizzo della rete fissa e che solo in presenza di un impedimento da parte di quest’ultima Vodafone avrebbe potuto somministrare il servizio a mezzo della rete mobile, o comunque proseguire in via definitiva nella somministrazione a mezzo della suddetta rete mobile. Applicando pertanto gli ordinari principi che regolano la ripartizione della prova, ex art. 1218 c.c., per essere esente da responsabilità contrattuale Vodafone avrebbe dovuto provare di essersi trovata nell’impossibilità di adempiere per fatto a lei non imputabile, in aderenza alla disciplina negoziale che esclude la responsabilità dell’operatore solo laddove il ritardo o il malfunzionamento sia dipeso dalla condotta di Telecom o di altro operatore interessato (art. 2.9). Differentemente, giova aggiungere, la clausola sarebbe infatti vessatoria e pertanto invalida o comunque non applicabile al caso concreto, posto che l’esenzione di responsabilità a carico di Vodafone per fatto a lei non imputabile dovrebbe essere stata specificamente accettata dall’utente (artt. 1341 e ss. c.c.), nel caso per di più consumatore e dunque assistito dalle tutele previste dal d. lgs 206/2005. Ciò premesso, Vodafone ha affermato di essersi trovata nell’impossibilità di connettere l’utenza alla rete fissa a causa della distanza dell’abitazione dell’utente dalla centralina Telecom e della qualità insufficiente del doppino telefonico, ma tali affermazioni risultano del tutto

generiche e non supportate da alcun dato tecnico (relativamente alla distanza e alla portata del cavo), né tanto meno da elementi documentali, non essendo stata prodotta nemmeno la richiesta avanzata a Telecom. La difesa di Vodafone non risulta idonea a soddisfare l'onere probatorio connesso all'esenzione di responsabilità dell'operatore, a cui deve pertanto imputarsi un parziale inadempimento contrattuale che ha generato un disagio per l'utente, costretto a connettersi attraverso al rete mobile e dunque a posizionare la Vodafone Station fuori dalla propria abitazione per trovare adeguata copertura. Non risultando tuttavia che il servizio voce e adsl abbia subito sostanziali malfunzionamenti nella qualità della connessione, la responsabilità a carico di Vodafone deve essere proporzionalmente diminuita, anche in relazione alla determinazione dell'indennizzo derivante dal suddetto inadempimento. Al riguardo deve anzitutto assumersi come periodo rilevante quello intercorrente tra il 30 giugno 2010, considerando che l'istante ha genericamente collocato l'attivazione del servizio in tale mese (sull'individuazione del *dies incertus*, cfr. del. AGCOM 39/09/CIR), e il 31 gennaio 2011, allorquando la somministrazione del servizio è stata interrotta, per un totale di duecentosedici giorni. La quantificazione dell'indennizzo deve essere effettuata in ragione del combinato disposto degli artt. 3 e 12, c. 3, del. AGCOM 73/11/CONS, fonte normativa applicabile al presente procedimento considerando che l'istanza di definizione è stata depositata in data 21 luglio 2011 e l'udienza di conciliazione è stata svolta in data 21 aprile 2011. La mancata previsione normativa di uno specifico indennizzo è infatti da integrarsi, in via analogica, assumendo come parametro il caso della mancata attivazione del servizio (corrispondente a un indennizzo giornaliero di euro 5), riducendo in via equitativa la somma in ragione della minore gravità del disagio comportato. Alla luce di quanto premesso, risulta equo un indennizzo nella misura di 216,00 euro per il servizio voce e di 216,00 euro per il servizio adsl, attesa la non accessorialità di quest'ultimo servizio.

b) La domanda è fondata e deve essere accolta. Risulta per concorde affermazione delle parti che in data 31 gennaio 2011 il servizio voce e adsl è stato integralmente sospeso da Vodafone, senza alcun preavviso, con contestuale disattivazione della SIM. La responsabilità dell'operatore è pertanto inequivoca. Gli asseriti problemi tecnici che avrebbero costretto Vodafone alla disattivazione non sono infatti nemmeno specificati e vengono addebitati a soggetti terzi non indicati, sebbene la connessione impegnasse solo la rete mobile di Vodafone. La difesa dell'operatore è quindi del tutto generica e per l'effetto inidonea a integrare ogni esenzione di responsabilità. Si aggiunga poi che con comunicazioni dell'11 marzo 2011 e del 5 agosto 2011, depositate nell'ambito di due

procedimenti ex art 5 del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod., Vodafone si impegnava a inviare all'utente "una nuova sim necessaria per l'operazione richiesta", ossia per far "funzionare correttamente il servizio". Tale impegno risulta in chiaro contrasto con ogni difesa volta a imputare a terzi la causa della disattivazione della SIM e della sospensione del servizio. Nessun pregio, infine, ha l'argomentazione con cui Vodafone ha separato l'attivazione dell'utenza e il suo corretto funzionamento, atteso che, al di là della fondatezza terminologica della distinzione, l'unica prestazione richiesta all'operatore è la somministrazione del servizio, comprendente evidentemente ogni attività prodromica e necessaria.

Nonostante un provvedimento adottato in data 3 agosto 2011 ai sensi degli artt. 5 e 21, del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod., e confermato successivamente (in data 16 agosto 2011), Vodafone solo in data 20 settembre 2011 recapitava all'utente una nuova SIM. Tale SIM tuttavia: non è abilitata alla connessione con la Vodafone Station; non è abilitata al servizio adsl; ha un piano tariffario differente da quello inizialmente pattuito. I profili di illegittimità della condotta di Vodafone appaiono pertanto plurimi e gravi. In primo luogo, il servizio adsl è tuttora sospeso: la circostanza secondo cui Vodafone avrebbe inviato all'utente una seconda SIM per la connessione adsl non ha trovato alcuna conferma e non risulta documentalmente provata. In secondo luogo, la modifica del piano tariffario e delle modalità di fruizione del servizio, attraverso un differente modem o apparato cellulare, costituiscono modifiche contrattuali che, ai sensi dell'art. 2.6 delle Condizioni generali di contratto, Vodafone avrebbe dovuto comunicare per iscritto, mediante lettera raccomandata A/R o come allegato alla fattura. La difesa di Vodafone incentrata su un'asserita accettazione orale, da parte dell'utente, della suddetta modifica è fatto sostanzialmente contestato dall'istante nella comunicazione del 26 settembre 2011, emergendo una generale censura in ordine alla condotta di Vodafone, e comunque viziato in punto di forma, senza peraltro essere accompagnato da alcuna documentazione comprovante la suddetta conversazione.

Giova infine precisare come la manifestazione di volontà di risolvere il contratto, espressa da Vodafone con lettera del 24 ottobre 2011, non muti la ricostruzione dei fatti appena proposta. Premesso che il pagamento contestato, pari a euro 149,89, è riferito a un periodo nel quale Vodafone non stava erogando il servizio (la data della fattura è infatti il 24 aprile 2011), la successiva condotta di Vodafone si apprezza come contraria alla volontà di risolvere il contratto, considerato l'invio della SIM nel settembre 2011 a titolo provvisorio rispetto alla somministrazione del servizio attraverso la Vodafone Station e l'impegno, assunto in seno ai procedimenti ex art. 5 del. AGCOM

173/07/CONS e succ. mod., di riportare a corretto funzionamento il servizio. Tali fatti evidenziano in modo inequivoco quell'interesse alla tardiva esecuzione del contratto che comporta la rinuncia all'effetto risolutivo, anche se già dedotto attraverso una manifestazione di volontà (cfr. Cass. civ., sent. n. 15026/2005).

Alla luce di quanto esposto emerge pertanto un inadempimento plurimo di Vodafone consistente: 1) nella mancata somministrazione del servizio adsl dal giorno 1 febbraio 2011 sino a tutt'oggi, per complessivi trecentoventicinque giorni; 2) nella mancata somministrazione del servizio voce dal giorno 1 febbraio 2011 al 19 settembre 2011, per complessivi duecentotrentuno; 3) nella illegittima modifica delle condizioni economiche e tecniche di somministrazione del servizio dal 20 settembre a tutt'oggi, per complessivi novantaquattro.

L'inadempimento di cui al sub capo 1) comporta la corresponsione di un indennizzo pari a euro 2.437,50, ai sensi dell'art. 4, del. AGCOM 73/11/CONS che prevede un indennizzo giornaliero di euro 7,50, attesa la non accessorietà del servizio.

L'inadempimento di cui al sub capo 2) comporta la corresponsione di un indennizzo pari a euro 1732,50, ai sensi dell'art. 4, del. 73/11/CONS che prevede un indennizzo giornaliero di euro 7,50.

L'inadempimento di cui al sub capo 3) comporta la corresponsione di un indennizzo pari a euro 470,00, in ragione del combinato disposto degli artt. 8 e 12, c. 3, del. AGCOM 73/11/CONS: la mancata previsione normativa di uno specifico indennizzo deve infatti essere integrata, in via analogica, assumendo come parametro il caso dell'attivazione di servizi non richiesti, quale ipotesi di illegittima modifica delle condizioni contrattuali. Nella comparazione tra le due fattispecie è peraltro rilevabile come quella emergente nel presente procedimento palesi una gravità maggiore, poiché la modifica contrattuale ha impedito o comunque reso più gravosa la fruizione del servizio.

Le somme così determinate appaiono eque rispetto al pregiudizio subito, secondo elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale. L'utente è stato infatti privato del servizio telefonico con utenza fissa e adsl per un lungo periodo, si è prontamente attivato, anche in sede CORECOM, mostrando un costante interesse alla fruizione del servizio, a fronte di una condotta dell'operatore che ha invece disatteso gli obblighi negoziali, l'impegno scritto a inviare una nuova SIM nonché il precetto di un provvedimento emesso da questo Ufficio ex artt. 5 e 21, del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod.

c) In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in euro 100,00, sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante, ha partecipato 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,

DELIBERA QUANTO SEGUE

In accoglimento dell'istanza presentata dal sig. XXX, domiciliato nel comune di XXX, via XXX, (tit. 1.10.21/526) Vodafone Omnitel X, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata dall'avv. XXX, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi, nel comune di XXX, via XXX, è tenuta:

A corrispondere all'istante le somme così liquidate:

- 1) euro 432,00 (quattrocentotrentadue/00), a titolo di indennizzo per i motivi di cui al capo a);
- 2) euro 4.640,00 (quattromilaseicentoquaranta/00) , a titolo di indennizzo per i motivi di cui al capo b);
- 3) euro 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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 e succ. mod.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod. 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 X sono inoltre tenute a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di giorni sessanta giorni dalla comunicazione della medesima.

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini