

DELIBERA N. 151/2019

**XXX - VODAFONE ITALIA X (HO.MOBILE -
TELETU)
(GU14/39954/2018)**

Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 01/10/2019;

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*”;

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*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, come modificata dalla delibera n. 296/18/CONS e, da ultimo, dalla delibera 353/19/CONS ;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l'istanza di FAGANELLO del 03/11/2018 acquisita con protocollo n. 0179052 del 03/11/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

Udita l'illustrazione svolta nella seduta del 01/10/2019;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha presenziato all'udienza di conciliazione, tenutasi in data 24/09/2018, ed ha presentato istanza di definizione in data 03/11/2018.

L'istante lamenta fatturazione ingiustificata, modifica delle condizioni contrattuali, attivazione servizi non richiesti, addebiti per traffico non riconosciuto, mancata restituzione credito residuo nei confronti della società Vodafone Italia X (Ho.Mobile - Teletu), d'ora in poi Vodafone.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nel corso dell'audizione e del procedimento stesso, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- Tra aprile e maggio 2016, presso un Vodafone Point, attivava una sim Vodafone Internet (345XXX307), pagando euro 10,00 una tantum per l'attivazione, oltre a RID Bancario pari ad euro 20,00 bimestrali (euro 10,00 al mese). Dall'operatore Vodafone non riceveva alcun contratto in quanto, a dire dell'addetto, il documento sottoscritto

dall'istante per l'attivazione rimaneva in negozio quale classico modulo interno per l'attivazione della SIM. Nonostante non avrebbe dovuto ricevere fatture trattandosi di ricaricabile alimentata con RID bancario, ai fini di una eventuale contabilizzazione gli veniva richiesto un indirizzo e-mail. L'istante forniva quello su cui già riceveva regolarmente le fatture di un altro contratto fisso/internet di Vodafone-TeleTu;

- In data 13/11/2017, da un casuale controllo bancario apprendeva che l'importo di alcuni RID eccedeva la cifra contrattualizzata (il primo era pari ad euro 39,97, il secondo ad euro 102,95, il terzo ad euro 157,94). Bloccava pertanto l'addebito e, con il supporto della figlia, contattava il 190. Dopo infinite discussioni sulle motivazioni addotte dall'operatore (consumo di terzi, spam, ecc.), riceveva le scuse per le cifre indebitamente sottratte tramite addebito bancario, con la promessa - a fronte della rinuncia alla denuncia alla Polizia Postale - di rimborso e storno in toto in una o, più verosimilmente, due rate;
- Faceva formale richiesta per l'invio gratuito via e-mail di tutte le fatture telematiche corrispondenti ai RID bancari, in modo da poter controllare altre eventuali eccedenze, salvo trovarsi costretto a richiedere in continuazione al 190 l'invio gratuito delle fatture telematiche (le fatture arrivavano solo in forma cartacea con relativi costi di spedizione);
- Il 23/12/2017 riceveva un assegno di rimborso pari ad euro 152,46; confidando di aver risolto quasi del tutto il contenzioso in corso, in attesa del secondo assegno che avrebbe completato il rimborso pattuito, riattivava il RID bancario. In realtà, nessun ulteriore rimborso avrebbe mai ricevuto, finendo anzi per ritrovarsi gli addebiti bimestrali maggiorati delle spese di spedizione cartacea nonostante le continue richieste di spedizione telematica;
- Il 19/02/2018 bloccava nuovamente l'addebito bancario e contattava il 190 sempre con il supporto di sua figlia. In tale occasione l'operatore entrava in forzatura nell'area "fai da te" di quest'ultima caricando solo alcune delle pregresse fatture (quelle con somme eccedenti il contratto: la prima pari ad euro 39,97, la seconda pari ad euro 102,95, la terza pari ad euro 157,94) che aveva sempre richiesto e mai ricevuto. Su precisa richiesta dell'istante l'operatore ribadiva inoltre che la SIM Internet in oggetto non era collegata ad alcun contratto, che le fatture sarebbero state inviate via e-mail e che nessun altro rimborso era dovuto perché il traffico precedentemente tariffato e parzialmente rimborsato era stato regolarmente utilizzato;

- Continuava a pagare le fatture, sia tramite RID, sia tramite bonifico bancario, e nel frattempo si rivolgeva alla Polizia Postale che gli suggeriva di chiudere la sim in oggetto e di presentare istanza al Corecom. In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- a) indennizzo per attivazione di servizi/profili tariffari non richiesti (euro 1.200,00);
- b) indennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami (euro 300,00);
- c) ripristino dello "status quo ante", sanatoria della posizione amministrativo-contabile (con rimborso delle cifre ancora da corrispondere pari a euro 80,00 comprensive di servizi tariffari non richiesti e di spese di spedizione di fatture cartacee applicate nonostante la continua richiesta di fatturazione elettronica gratuita via e-mail);
- d) rimborso dell'illecita fatturazione a 28 giorni mutuata dalla lecita a 30 giorni, come stabilito dall'AGCOM e dal TAR;
- e) rimborso spese procedura.

Nella memoria datata 13/03/2019 l'istante respinge in toto le controdeduzioni dell'operatore.

2. La posizione dell'operatore

In via preliminare l'operatore eccepisce inammissibilità e improcedibilità di eventuali richieste formulate nel GU14 che non siano coincidenti con quelle avanzate nell'istanza di conciliazione.

Conferma la propria assenza di responsabilità in relazione all'attivazione di servizi digitali o a sovrapprezzo, in quanto forniti con la collaborazione di soggetti terzi e con contenuti per accedere ai quali l'utente deve sempre effettuare una esplicita richiesta, inviando o una chiamata o un sms. Evidenzia poi la possibilità per gli utenti di attivare autonomamente, o in collaborazione con il servizio clienti, il c.d. "*barring*" al fine di impedire l'attivazione dei servizi *de quibus*, così come effettivamente avvenuto in data 13/11/2017. Precisa, in ultimo, che l'attivazione di tali servizi non comporta il diritto all'indennizzo, bensì al mero storno o rimborso. Parte avversa, del resto, non ha prodotto prove a sostegno della propria tesi che possano comportare una dichiarazione di responsabilità del gestore.

Sotto il profilo amministrativo e contabile l'utente è attivo con ricaricabile e presenta un insoluto di euro 12,44.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate da parte istante vengono parzialmente accolte come di seguito precisato.

In via preliminare, si osserva che le richieste di indennizzo per mancata o tardiva risposta ai reclami e di rimborso per fatturazione a 28 giorni sono da ritenersi inammissibili in quanto non hanno costituito oggetto del prodromico tentativo di conciliazione. Non può essere presa in considerazione, in quanto tardiva rispetto alla tempistica prevista dall'art.16, comma 2, del Regolamento, la memoria di replica inviata dall'istante, che afferma di non aver mai ricevuto la memoria difensiva firmata il 13/12/2018 dalla Vodafone “... *se non nel mese di marzo 2019 a causa di problemi tecnico-informatici relativi alla piattaforma ConciliaWeb*”. Non risultando particolari problemi tecnicoinformatici occorsi alla piattaforma ConciliaWeb nel suddetto periodo, la memoria è inammissibile. Pur tuttavia, come riconosciuto dall'Autorità nella delibera n. 157/11/CIR “*la documentazione di parte allegata alla predetta memoria riveste valenza probatoria ed in quanto tale merita valutazione ai fini di ricostruzione cognitiva e di completamento istruttorio*”.

La domanda contenuta nel formulario GU14 verrà pertanto trattata limitatamente ai punti a), c) ed e) delle richieste.

a) Le richieste di indennizzo per attivazione di servizi/profili tariffari non richiesti - di cui al punto a) - e di sanatoria della posizione amministrativo-contabile - di cui al punto e) – vengono accolte nei termini che si vanno ora ad esporre.

Sul punto dell'attivazione dei servizi non richiesti si evidenzia che il D.M. 2 marzo 2006, n. 145 “Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo” all'art. 12 dispone che “le informazioni o prestazioni dei servizi a sovrapprezzo sono precedute, indipendentemente dalla durata del servizio, da un messaggio di presentazione chiaro ed esplicito” e all'art. 13 che “*il servizio a sovrapprezzo è erogato solo dopo l'esplicita accettazione da parte dell'utente finale*”. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama quel principio, affermato più volte nella giurisprudenza di legittimità (da ultimo, Cass. 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, 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 adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 C.C., ovvero da causa specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla carta servizi. Spetta dunque all'operatore provare che l'utente abbia effettivamente richiesto e sottoscritto il servizio attivato, prova che non è stata fornita. L'operatore, pur evidenziando in memoria come l'accesso ai servizi *de quibus* avvenga su esplicita richiesta dell'utente, inviando un sms o una chiamata al numero relativo al servizio stesso, non ha però fornito la prova concreta di quanto affermato, e cioè che gli addebiti contestati siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, men che meno che siano stati inviati all'utente gli sms di *caring* per avvisarlo degli abbonamenti attivi. Pertanto, alla luce del mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del gestore, in assenza di documentazione attestante la volontà dell'utente alla sottoscrizione dei servizi a sovrapprezzo (quale, ad esempio, copia dei log di attivazione o dell'URL della landing page navigata dal cliente, ecc.), si ritiene di accogliere la domanda dell'utente riconoscendogli il diritto al rimborso delle somme per servizi a sovrapprezzo addebitate nelle fatture di cui alla presente procedura, per quanto non già riconosciuto. Quest'ultima precisazione si rende oltremodo necessaria in quanto le argomentazioni difensive dell'operatore si limitano alla produzione di fatture, da cui emerge prima l'addebito di costi per servizi digitali, poi il parziale accredito avvenuto con assegno. Sugli importi residui il gestore non si è mai espresso, ben potendo invece intervenire sul punto.

Non può invece ritenersi accolta la richiesta di indennizzo dell'istante di liquidazione di un indennizzo per attivazione di servizi non richiesti, tenuto conto che, quanto ai servizi digitali, deve rammentarsi che trattasi di: a) servizi diversi dai servizi di comunicazione elettronica ai quali si riferiscono gli indennizzi del Regolamento indennizzi; b) servizi forniti da soggetti terzi rispetto all'operatore di comunicazione elettronica che, come tale, resta estraneo al rapporto contrattuale tra l'utente ed il fornitore del servizio; c) servizi in relazione ai quali il rapporto contrattuale con l'operatore, che costituisce fondamento per il riconoscimento dell'indennizzo e del corrispondente meccanismo di liquidazione, attiene solo alla fase dell'addebito, e non a quello dell'attivazione in senso stretto (così, determina Agcom 78/17/DTC).

Sull'ulteriore questione legata alla spese di spedizione occorre riferirsi, come da costante orientamento dell'Autorità, (cfr., *ex multis*, delibera 31/10/CIR) alla sentenza n. 3532/09 con cui la Corte di Cassazione ha stabilito che il divieto di addebito a qualsiasi titolo delle spese di emissione della fattura e dei conseguenti adempimenti e formalità, previsto dall'articolo 21 D.P.R. n. 633/1972, "Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto", non riguarda le spese per la spedizione della fattura e che, quindi, le stesse spese di spedizione possono formare oggetto di addebito a carico degli utenti finali, se così prevede l'accordo delle parti. Tenuto fermo il principio soprarichiamato, dalle risultanze istruttorie si evince che la fatturazione di euro 2,00 per la voce "spese di spedizione" (assente nel periodo compreso tra giugno e ottobre 2017), compare nelle fatture n. AH21818234 del 29 novembre 2017, n. AI01843338 del 24 gennaio 2018 e n. AI05708942 del 21 marzo 2018, quest'ultima emessa quando la procedura di fatturazione digitale si era completata già da un mese (la schermata in atti reca la data del 18 febbraio 2018). Su quest'aspetto si è riscontrato un assoluto silenzio da parte del gestore, che ben avrebbe potuto allegare la fonte (il contratto, le condizioni generali, ecc.) da cui detta voce di spesa si è originata. Per tali motivi, si dispone lo storno/ rimborso di quanto fatturato da Vodafone a titolo di "spese di spedizione" in relazione all'utenza n. 345XXX307. La richiesta di liquidazione delle spese di procedura viene accolta nella misura di euro 100,00 avendo l'istante partecipato ad entrambe le sedi d'udienza.

Per questi motivi, il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di Faganello nei confronti della società Vodafone Italia X (Ho.Mobile - Teletu), per le motivazioni di cui in premessa.
2. La società Vodafone Italia X (Ho.Mobile - Teletu) è tenuta allo storno/rimborso di quanto a fatturato all'istante a titolo di "spese di spedizione".
3. La società Vodafone Italia X (Ho.Mobile-Teletu) è tenuta altresì al rimborso delle somme per servizi a sovrapprezzo addebitate nelle fatture di cui alla presente procedura, per quanto non già riconosciuto.

4. La società Vodafone Italia X (Ho.Mobile - Teletu) è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese di procedura.

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.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 01/10/2019

IL PRESIDENTE
Stefano Cuppi