

**DELIBERA DL/02/17/CRL/UD del 09 gennaio 2017**  
**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**  
**M. BRINDISI / H3G XXX / VODAFONE ITALIA XXX**  
**(LAZIO/D/987/2015)**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 09 gennaio 2017;

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 M. BRINDISI presentata in data 18.11.2015 nei confronti degli operatori H3G XXX e VODAFONE ITALIA XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’istante**

L’istante ha lamentato nei confronti di H3G e di Vodafone:

- i. Di essere stata contattata tra ottobre e novembre 2014 dal servizio commerciale di H3G che proponeva di migrare le due utenze xxxxxx630 e xxxxxx620 attive in Vodafone, previa sottoscrizione di contratti di abbonamento che avrebbero consentito all’utente un risparmio del 50% del canone mensile già versato a Vodafone, con impegno di H3G a corrispondere direttamente a Vodafone l’importo relativo all’ultima fattura bimestrale ed i costi per recesso

anticipato che Vodafone gli avrebbe addebitato; l'utente dichiarò di accettare la proposta e, al fine del perfezionamento del contratto, H3G inviò la documentazione contrattuale che l'utente sottoscrisse e reinviò ad H3G con la copia dell'ultima fattura Vodafone, precisando di attendere da H3G la conferma del pagamento promesso;

- ii. Successivamente l'utente riceveva un sms da Vodafone che lamentava il mancato pagamento della fattura;
- iii. L'utente contattava quindi il call center di H3G, che gli riferiva che la proposta di abbonamento sottoscritta non era più valida, ma che la H3G avrebbe provveduto a saldare la fattura Vodafone; il 7.11.2014 inviava ad H3G un reclamo scritto a mezzo email;
- iv. Tale pagamento non interveniva, tanto che Vodafone incaricava una società del recupero del credito che, tra penali per recesso anticipato e canone di abbonamento, aveva raggiunto la somma di euro 1.500,00 circa; l'utente definì quindi con la società di recupero crediti un "*pagamento a saldo e stralcio*" della minor somma di euro 1.100,00, in due rate, puntualmente onorate (31.1.2015 e 28.2.2015);
- v. L'utente lamentava quindi che a causa del ritardato pagamento delle predette fatture Vodafone, il servizio veniva sospeso dal 10.1.2015 al 28.2.2015 e riattivato solo dopo il pagamento dell'ultima rata del 28.2.2015, ed il suo nominativo era stato inserito in una "black list" per lo stesso periodo; nel medesimo periodo, l'utente si era dovuto munire di altra sim per la fruizione dei servizi.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- L'indennizzo per la sospensione del servizio a carico di Vodafone;
- L'indennizzo per la mancata risposta ai reclami nei confronti di entrambi i gestori;
- Indennizzi vari;
- Il rimborso, in solido con H3G, delle penali addebitate da Vodafone per recesso anticipato e non dovute;
- Il rimborso delle spese di procedura.

## **2. La posizione dell'operatore H3G.**

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, H3G eccepiva in rito l'improcedibilità o l'inammissibilità ex art., 2, comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS delle domande di indennizzo per mancata risposta al reclamo e per ritardata portabilità, per avere corrisposto all'utente l'importo di euro 120,00 con nota di credito n. 1690010674 del 27.1.2016 a valere sul primo ciclo utile di fatturazione – di cui euro 60,00 a titolo di indennizzo contrattuale da ritardata portabilità ex Delibera 147/11/CIR, ed euro 60,00 a titolo di indennizzo contrattuale da mancata risposta al reclamo – di cui all'impegno verbalizzato ad udienza di conciliazione del 11.11.2015.

L'operatore ha altresì eccepito l'improcedibilità o l'inammissibilità ex art, 14 Regolamento delle domande nuove proposte per la prima volta in sede di definizione e relative alla domanda di indennizzo per la sospensione del servizio.

Nel merito, H3G ha dedotto che non vi è prova dell'impegno asseritamente assunto relativo al pagamento delle penali per recesso anticipato addebitate dall'operatore di provenienza Vodafone, né dell'asseritamente promessa riduzione del 50% del canone di abbonamento già pagato in Vodafone; l'offerta commerciale sottoscritta dall'utente era relativa all'applicazione di uno sconto riservato ai nuovi clienti "3" a condizione che gli stessi sottoscrivessero il relativo modulo e lo inviassero alla "3" entro il 15.1.2015 unitamente al "*documento comprovante l'addebito delle penali da parte dell'operatore donating*", che la portabilità andasse a buon fine e che venisse pagata la prima fattura "3": in particolare, lo sconto sarebbe stato applicato sull'importo dovuto dal cliente all'operatore donating a titolo di penali per recesso anticipato, nella misura di euro 50,00 come sconto sul canone di abbonamento per euro 10,00 mensili per 5 mesi. Non essendo pervenuto né il modulo per la richiesta dello sconto, né il documento di Vodafone contenente l'addebito dei costi per recesso anticipato, H3G non applicava lo sconto, adempiendo ai contratti sottoscritti, di cui produceva copia, non contestati dall'utente.

Il gestore concludeva pertanto per il rigetto dell'istanza.

### **3. La posizione dell'operatore Vodafone.**

Il gestore ha eccepito l'inammissibilità della generica richiesta dell'utente di pagamento di "indennizzi vari"; nel merito ha dedotto che alcuna responsabilità gli è attribuibile per la sospensione del servizio, pacificamente avvenuta a causa del mancato pagamento delle ultime fatture Vodafone per la quale le parti hanno successivamente raggiunto un accordo transattivo a fronte del quale l'utente ha saldato il proprio insoluto ed ottenuto la riattivazione delle utenze. Valutata tale condotta, Vodafone sottolineava la temerarietà delle richieste dell'utente.

Alcun reclamo era pervenuto ad essa Vodafone, sicchè non era dovuto neppure l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

Il gestore concludeva pertanto per il rigetto dell'istanza.

### **4. La replica dell'utente.**

L'utente ha replicato alle difese di Vodafone, negando di avere mai raggiunto alcun accordo transattivo con la stessa, ma di avere semplicemente dovuto pagare l'importo di euro 1.100,00 a titolo di penali per recesso anticipato, al fine di ottenere la riattivazione delle utenze sospese; le predette penali sono da considerarsi illegittime come disposto dalla legge Bersani.

Quanto alle difese di H3G, l'utente eccepiva che gli indennizzi dalla stessa corrisposti e di cui all'impegno assunto a verbale dell'udienza di conciliazione, oltre ad essere "*notevolmente ridotti rispetto a quanto si spettanza dell'istante*", venivano appunto riconosciuti solo alla predetta udienza e non prima, ed esprimeva dubbi sulla legittimità del loro riconoscimento in nota di credito in assenza di insoluto.

L'utente insisteva pertanto nelle proprie richieste.

## **5. Motivazione della decisione.**

### **5.1. In rito.**

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui all'art. 14, comma 3 del Regolamento, che richiama l'art. 7, comma 3 Reg. cit., ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

### **5.2. Nel merito.**

#### **5.2.a. Sulle domande proposte nei confronti di H3G.**

##### **5.2.a.1. Sulla domanda di pagamento di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo.**

H3G ha correttamente richiamato la disposizione dell'art. 2, comma 1, Allegato A, Delibera 73/11/CONS, che testualmente dispone che *“Il presente regolamento stabilisce i criteri per il calcolo degli indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra operatori e utenti finali, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento. Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi”*.

La domanda di pagamento di un indennizzo per mancata risposta al reclamo ai sensi del richiamato Allegato A alla Delibera 73/11/CONS non può pertanto trovare accoglimento, essendo l'utente già stato soddisfatto ai sensi del regolamento contrattuale e, in particolare, dell'art. 24 Carta Servizi H3G (cfr. decisione conforme AgCom Delibera 12/14/CIR).

Ad abundantiam, si osserva che non rileva – ad escludere l'applicabilità del richiamato art. 2, comma 1 allegato A Delibera 73/11/CONS – la circostanza che l'indennizzo contrattuale liquidato sia ritenuto dall'utente *“notevolmente ridotto rispetto a quanto si spettanza dell'istante”*, posto che con la sottoscrizione del contratto l'utente ha accettato anche le condizioni contrattuali relative agli indennizzi riconosciuti dal gestore; né rileva che il riconoscimento dell'indennizzo sia avvenuto solo all'udienza di conciliazione e non prima, o che il relativo pagamento sia avvenuto solo dopo il deposito dell'istanza di definizione, essendo ciò consentito e previsto dalla norma stessa e tale possibilità inevitabilmente compresa nella possibilità di “impegnarsi” al pagamento in sede di udienza di conciliazione; né, infine, che l'indennizzo sia stato riconosciuto sotto forma di nota di credito a valere sul primo ciclo di fatturazione utile pur in assenza di insoluti posto che, analogamente a quanto disposto dall'art. 2 Delibera 73/11/CONS in tema di indennizzi automatici, deve ritenersi che – in mancanza di espressa richiesta dell'utente diretta ad ottenere il pagamento degli importi superiori ad euro 100,00 a mezzo assegno o bonifico bancario – il metodo normale di pagamento, nel caso di contratto ancora in corso, sia proprio l'accredito in fattura.

### **5.2.a.2. Sulla domanda di rimborso delle penali addebitate da Vodafone per recesso anticipato e non dovute.**

L'utente intende far discendere l'obbligo di H3G di pagare le penali per recesso anticipato dal contenuto dell'accordo intercorso con il gestore in sede di adesione alla proposta commerciale.

H3G ha contestato di essersi mai obbligata a tanto, evidenziando che la proposta contrattuale prevedeva l'applicazione di uno sconto pari nel massimo ad euro 50,00 a condizione che l'utente inviasse il modulo di richiesta debitamente compilato e sottoscritto e vi allegasse la fattura Vodafone contenente l'addebito delle predette penali.

Orbene, l'utente non ha fornito la prova di avere inviato ad H3G la predetta documentazione per poter fruire del predetto sconto; né può ritenersi che la stessa sia stata inviata ad H3G in occasione dell'unico reclamo scritto inviato a mezzo email del 7.11.2014, in atti, posto che a quella data Vodafone non aveva ancora addebitato le penali, che sono state contabilizzate solo con la fattura del 7.12.2014 (in atti).

La domanda di rimborso delle penali, proposta nei confronti di H3G, deve pertanto essere rigettata.

### **5.2.b. Sulle domande proposte nei confronti di Vodafone.**

#### **5.2.b.1. Sulla domanda di pagamento di un indennizzo per la sospensione del servizio.**

L'utente ha lamentato la sospensione del servizio dal 10.1.2015 al 28.2.2015.

La predetta sospensione è stata determinata dalla morosità dell'utente nel pagamento delle fatture Vodafone, che l'ha preavvisata all'utente a mezzo comunicazione sms.

E' quanto dichiarato dallo stesso utente in occasione del reclamo scritto inviato ad H3G il 7.11.2014 in cui lamentava di avere ricevuto da Vodafone "in data odierna, il testuale sms *"La informiamo che essendo scaduti i termini per il pagamento della sua fattura Vodafone, le verrà sospeso il servizio in uscita"*.

La morosità nei confronti di Vodafone, ed il raggiungimento di un accordo transattivo con il predetto gestore, sono altrettanto pacifici ed ammessi dallo stesso utente che – nonostante la smentita di cui alla memoria di replica – sia in istanza di conciliazione che di definizione ha dedotto di avere *"definito"* con la società di recupero crediti incaricata da Vodafone *"il pagamento a saldo e stralcio dell'importo di euro 1.100,00 in due rate 31.1.2015 e 28.2.2015"* a fronte di una maggior richiesta per circa euro 1.500,00; la transazione, negli stessi termini dedotti dall'utente, è stata eccepita anche da Vodafone.

Le utenze sono poi state pacificamente riattivate da Vodafone il 28.2.2015, all'esito del saldo da parte dell'utente di quanto dallo stesso dovuto.

Pertanto, poiché la sospensione è avvenuta nel rispetto di quanto disposto dall'art. 5, comma 1 Delibera 173/07/CONS, nulla è dovuto all'utente a titolo di indennizzo per la sospensione dei servizi.

### **5.2.b.2. Sulla domanda di pagamento di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo.**

L'utente ha lamentato anche nei confronti di Vodafone la mancata risposta al reclamo.

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 (45 giorni ex Carta Servizi Vodafone – Parte III – Tutela dei diritti) e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, 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.

L'utente non ha tuttavia prodotto alcun reclamo scritto a Vodafone, né ha dedotto o altrimenti specificato la data del reclamo eventualmente inoltrato a Vodafone a mezzo call center e l'oggetto del reclamo; l'utente ha infatti solo specificato che ai fini della liquidazione dell'indennizzo, occorre considerare la data di invio del reclamo – citando quello del 7.11.2014 “e, *successivamente, fino all'istanza di definizione*” – e la data di presentazione dell'istanza di definizione (recte: di conciliazione, n.d.e.) per chiedere l'indennizzo massimo di euro 300,00.

Tuttavia, si rileva, il reclamo del 7.11.2014 era rivolto alla sola H3G, non anche a Vodafone.

La domanda di pagamento di un indennizzo per mancata risposta al reclamo deve pertanto essere rigettata.

### **5.2.b.3. Sulla domanda di rimborso delle penali addebitate da Vodafone per recesso anticipato e non dovute.**

L'utente lamenta e contesta la illegittima applicazione da parte di Vodafone di penali per recesso anticipato, nella misura di euro 980,00 i.i., non previste dalla Legge Bersani.

Giova intanto premettere che la causale indicata da Vodafone per l'addebito della predetta somma è “*Corrispettivo Recesso Anticipato Tel.*”, come indicato in fatt. n. AE16820294 del 7.12.2014, e che dalla medesima fattura risulta insoluta la fatt. AE13822697 di euro 332,60.

Giova altresì premettere, in linea generale, che le penali per recesso anticipato sono state sostanzialmente dichiarate illegittime dalla L. n. 40/2007: tuttavia occorre distinguere l'ipotesi di recesso anticipato da un contratto che non preveda alcuna promozione o sconto iniziale sui canoni, dall'ipotesi di recesso anticipato da un contratto che preveda detta promozione o sconto a fronte del vincolo di una certa durata. Tale tematica è stata affrontata dal T.A.R. del Lazio che, pronunciandosi sull'impugnativa del provvedimento prot. n. 80542/Agcom del 30.12.2008, con sentenza n. 5361/2009, confermata poi dal Consiglio di Stato (sentenza n. 1442/2010), ha

operato una distinzione tra la pratica – ritenuta illegittima – di addebitare all'utente, al momento del recesso anticipato, anche le spese sostenute al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale, e quella di chiedere il rimborso degli sconti già praticati al cliente in ragione di un vincolo di durata contrattuale non rispettato. Nel primo caso infatti *“elemento qualificante la fattispecie è la presenza di un soggetto debole (l'utente) perché obbligato, ove interessato ad acquisire un determinato servizio, ad accettare le condizioni unilateralmente fissate dal soggetto forte (l'operatore), con la conseguenza che l'unica alternativa che gli si offre è la rinuncia all'acquisto del prodotto”* (cfr. sent. n. 5361/09 Tar Lazio). Da questa disparità tra i due soggetti, il decreto Bersani, così come interpretato dall'Autorità e dai Giudici amministrativi, ha fatto derivare il divieto per gli operatori di addebitare costi diversi da quelli effettivamente originati dal recesso anticipato, e segnatamente impedendo l'addebito dei costi sostenuti per l'attivazione iniziale. Nel secondo caso invece *“l'operatore mette a disposizione dell'utente due diverse offerte, fra le quali egli è libero di scegliere, una a prezzo pieno, dalla quale può in ogni momento recedere salvo preavviso, ma senza essere sottoposto a rimborsi per spese diverse da quelle sostenute dall'operatore per la disattivazione dell'impianto [...], e un'altra promozionale a prezzo ridotto, per la quale l'operatore ha invece prefissato una durata che non preclude all'utente il recesso anticipato, ma che consente al primo (che ha fatto affidamento su un arco temporale di vigenza del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della controprestazione offerta) di recuperare, al momento del recesso anticipato, quanto il ripensamento (legittimo) dell'utente non gli ha consentito di ottenere”* (cfr. sentenza Tar Lazio citata, confermata, anche dal Consiglio di Stato).

Sulla base di queste premesse, i Giudici amministrativi hanno quindi ritenuto pienamente legittima la richiesta dell'operatore di restituzione degli sconti di cui l'utente ha beneficiato durante la vigenza del rapporto contrattuale, riconducendo tale fattispecie al recesso anticipato da offerte promozionali e differenziandola quindi dalla diversa situazione del recesso anticipato dal contratto a prezzo pieno, tutelata dall'art.1 del decreto Bersani. Tale interpretazione è stata ripresa anche dal Giudice ordinario, in particolare nella sentenza resa dal Tribunale di Milano, sez. XI, n. 5554 del 15 maggio 2012.

In base alle difese svolte dall'utente sia in sede di tentativo di conciliazione che in sede di definizione, confermate in parte qua da Vodafone, può dirsi accertato che tra l'utente e Vodafone (e, per essa, la società di recupero del credito) sia intervenuta una transazione avente ad oggetto *“il pagamento a saldo e stralcio dell'importo di euro 1.100,00 in due rate 31.1.2015 e 28.2.2015”* a fronte di una maggior richiesta per circa euro 1.500,00, presumibilmente riferibile alle 2 fatture insolute n. AE16820294 del 7.12.2014 di euro 1.229,44 – depositata dallo stesso utente – nella quale si fa riferimento alla ulteriore fattura insoluta n. AE13822697 di euro 332,60.

Orbene l'utente pretende di ottenere il rimborso di somme che sono state oggetto della transazione intercorsa con Vodafone, sul presupposto che quelle somme, poiché "*non previste dalla L. Bersani*", sarebbero non dovute.

A parte il rilievo sopra esplicitato, per cui la c.d. L. Bersani deve essere correttamente interpretata nel senso attribuitogli dalla pronuncia del Tar Lazio, confermata dal Consiglio di Stato, si osserva che, a fronte della dedotta transazione, ogni indagine circa la legittimità ai sensi della L. Bersani delle somme addebitate da Vodafone (e che l'utente contesta per la prima volta ai sensi della L. Bersani solo nella memoria di replica del presente procedimento) si appalesa come superflua: la transazione, infatti, non può essere impugnata dalla parte che si convinca che avrebbe potuto affrontare vittoriosamente un giudizio sulla lite, invece di accettare di comporla: in tal senso l'art. 1969 c.c. stabilisce che non si può impugnare una transazione invocando un errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia fra le parti.

Anche l'annullamento per pretesa temeraria di cui all'art. 1971 c.c. richiede la totale infondatezza della pretesa fatta valere e la mala fede dell'altra parte (Cass. 3/4/2003, n. 5139), entrambe circostanze non dedotte dall'utente ed anzi escluse dalla stessa consapevolezza dell'utente che, con il proprio recesso anticipato, si sarebbe esposto alla richiesta di pagamento di "penali".

Non ricorrono neppure né l'ipotesi di nullità della transazione relativa ad un contratto illecito (art. 1972 c.c.), o le altre ipotesi di annullamento della transazione di cui artt. 1973, 1974 e 1975 c.c., né risulta applicabile la disciplina della risoluzione della transazione per inadempimento (art. 1976 c.c.), tutte fattispecie neppure dedotte dall'utente.

La domanda di rimborso di somme oggetto di transazione con Vodafone deve pertanto essere rigettata.

## **6. Sulle spese di procedura.**

In considerazione della soccombenza totale dell'utente, appare equo e proporzionale disporre la compensazione totale delle spese del procedimento, ai sensi dell'art. 19, comma 6 Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS.

Per tutto quanto sopra esposto,

### **IL CORECOM LAZIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento;

### **DELIBERA**

1. Rigetta l'istanza di M. BRINDISI nei confronti delle società H3G XXX e VODAFONE ITALIA XXX, con integrale compensazione delle spese del procedimento.
2. 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](http://www.agcom.it)).

Roma, 09/01/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto