

DELIBERA DL/030/16/CRL/UD del 21 aprile 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

RICERCA MODERNA xxx / VODAFONE ITALIA xxx

(LAZIO/D/57/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 21 aprile 2016;

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 Lazio 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 Ricerca Moderna xxx del 26 gennaio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'Istante.

L'utente ha introdotto la presente controversia nei confronti dell'operatore Vodafone Italia xxx (di seguito "Vodafone") in merito ad un contratto per servizi di telefonia mobile business, lamentando il mancato rimborso di penali dal precedente gestore come pattuito, l'applicazione di costi di recesso e disattivazione anticipati, l'attivazione di utenze non richieste e l'applicazione di tariffe difformi dal contratto.

In particolare ha dedotto:

- di aver stipulato in data 12.11.2013, con un promoter Vodafone, contratto per la portabilità di 4 utenze mobili da H3G;
- di aver segnalato al consulente Vodafone l'esistenza di un vincolo contrattuale col precedente operatore, ma questi garantiva il rimborso sia delle penali da recesso anticipato che i ratei degli apparati, eventualmente applicati da H3G;
- che con email del 13.1.2014 e con sollecito del 3.2.2014, informava il consulente delle penali addebitate da H3G;
- che il referente Vodafone, in data 3.2.2014, assicurava un primo accredito di Euro 600,00 sulla fattura di prossima emissione;
- di aver sollecitato più volte, da ultimo con email del 25 febbraio, l'accredito promesso e di aver contestato l'attivazione non richiesta di 2 sim, oltre le 4 contrattualizzate;
- che con email del 25.2.2014, il consulente confermava il buon esito del rimborso e la disattivazione di una sim non richiesta;
- di essere rientrata pertanto in H3G sottoscrivendo un nuovo contratto e che Vodafone aveva addebitato una penale per recesso anticipato di Euro 849,10 (i.e.) come da fattura n. AE06400445 del 6.5.2014;
- di aver reclamato presso Vodafone per iscritto il 15.5.2014 e il 16.6.2014:

Concludeva pertanto che non si sarebbe mai determinato a cambiare operatore senza la garanzia del rimborso delle penali e che Vodafone, peraltro, aveva applicato una tariffa maggiore di quella pattuita.

Alla luce di tali premesse, l'utente ha richiesto:

- a. la regolarizzazione della fatturazione secondo tariffa pattuita, con rimborso delle somme eccedenti versate; ;
- b. il rimborso della somma di Euro 672,04 pagata ad H3G a titolo di penali;
- c. il rimborso di Euro 760,94 quale costo delle rate dei terminali pagate ad H3G;
- d. annullamento e rimborso delle penali pagate a Vodafone per recesso anticipato per Euro 849,10 (i.e.)
- e. il rimborso delle somme pagate relative alle SIM non richieste;

2. La posizione dell'operatore.

Vodafone ha dedotto ed eccepito quanto segue:

- i. l'inammissibilità della richiesta di indennizzo in quanto generica e non quantificata il violazione della Del. 73/11/CONS nonché la assoluta carenza di prova in merito alla propria responsabilità circa i disservizi lamentati;
- ii. di aver adempiuto tutto quanto previsto dal contratto sottoscritto dall'utente;
- iii. che nella fattura H3G che deposita quale All. 1 sono contabilizzati solamente costi per rate terminali e non sono invece addebitate penali per recesso anticipato;
- iv. che l'utente non ha mai sottoscritto l'apposito modulo *addendum* al contratto, necessario per ottenere il rimborso di quanto richiesto.

Il gestore, pertanto, ha richiesto il rigetto dell'istanza.

3. La replica dell'utente

L'utente, nella propria memoria in replica, ha precisato che:

- la fattura richiamata e depositata da Vodafone è estranea alla presente procedura di definizione, avendo data precedente a quella di sottoscrizione del contratto Vodafone;
- le uniche fatture H3G interessate alla presente procedura sono la n.1389081095 dell'8.12.2013 di Euro 672,04 (recesso anticipato) e la n. 1388071492 dell'8.12.2013 di Euro 760,94 (rate residue dei terminali);
- che il rimborso predetto è stato promesso dall'incaricato Vodafone, circostanza che risulta confermata anche dalle emails e dagli sms scambiati, e che alcun *addendum* al contratto fosse stato da questi sottoposto.

4. 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.

Si rigetta l'eccezione di inammissibilità della domanda sollevata da Vodafone per genericità della stessa e mancata quantificazione degli indennizzi, in quanto la stessa si presenta palesemente come una mera clausola di stile non ancorata al caso in esame, posto che le domande sono tutt'altro che generiche e gli indennizzi non sono nemmeno richiesti dall'utente.

In ogni caso si precisa che per costante giurisprudenza di questa Autorità, le istanze dell'utente, anche qualora non esattamente formulate in maniera puntuale e precisa, possono e devono essere meglio e più ampiamente interpretate, nell'ottica della tutela dei contraenti più deboli (Del. 276/13/CONS Linee Guida in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie...).

Deve dichiararsi inoltre inammissibile la domanda di rettifica della fatturazione Vodafone asseritamente non conforme al canone concordato, in quanto non sottoposta all'obbligatorio tentativo di conciliazione e proposta per la prima volta in sede di definizione. *Ad abundantiam* si segnala che qualora ammissibile all'esame di merito, sarebbe risultata infondata perché l'utente non ha provato la fonte negoziale della propria pretesa, posto che il contratto è stato, sì depositato, ma dallo stesso non risultano le condizioni economiche pattuite.

4.1 Sulle penali H3G

L'utente ha depositato copia della proposta di abbonamento stipulata con Vodafone tramite il proprio incaricato, Sig. E.P e sottoscritta in data 12.11.2013.

L'operatore contesta che non risulta alcun *addendum* allegato al contratto in materia di penali.

La domanda dell'utente è fondata.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 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 e, se previsto, del termine di scadenza, 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 esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

L'utente ha depositato il contratto ed ha dedotto che nessun *addendum* sia mai stato sottoposto in sede di stipula e che il consumatore non è tenuto a conoscere le procedure adottate dagli operatori in merito a pattuizioni specifiche: la posizione è assolutamente condivisibile.

Infatti, se da un lato è scontato che le prestazioni pattuite in sede di stipula debbano risultare per iscritto ed è altrettanto nota la prassi commerciale in uso tra operatori di concordare, tramite *addenda* ai contratti, prestazioni aggiuntive quale quella di rimborsare eventuali costi applicati dal precedente operatore, al fine di essere più competitivi sul mercato, è pur vero, d'altro canto, che il consumatore-contraente debole non può conoscere le modalità di stipula di particolari condizioni, facendo, per lo più, legittimo affidamento su quanto suggerito dal professionista o dal suo rappresentante.

Nel caso in esame, a fronte di un comportamento poco diligente del promoter Vodafone, che doveva opportunamente sottoporre alla firma una modulistica o similare, a fini di garanzia e certezza della prestazione aggiuntiva promessa, l'utente ha comunque provato il legittimo affidamento ingenerato dal professionista, depositando agli atti la corrispondenza intercorsa con il Sig. E.P. successivamente alla stipula, dove questi confermava essere in atto la procedura di rimborso e riferiva di imminenti accrediti in fattura mai avvenuti. Lo scambio di corrispondenza intercorso con l'incaricato Vodafone dimostra dunque come tali pattuizioni fossero realmente state concordate.

Poiché l'incaricato alla vendita è espressione diretta del gestore in quanto agisce per conto di questo e ne spende il nome, Vodafone è responsabile della mancata esecuzione della prestazione promessa e pertanto è tenuta al rimborso del corrispettivo per recesso anticipato addebitato da H3g.

Diversamente deve rigettarsi la domanda relativa alla restituzione dell'importo delle rate residue dei terminali H3G, in quanto dalla suddetta corrispondenza non emerge tale condizione, né effettivamente essa risulta prassi invalsa tra i gestori, posto che la compravendita rateale dei telefoni non inerisce alla tipologia di contratto prevalente, cioè la somministrazione periodica di servizi e pertanto è difficilmente disponibile al potere negoziale dell'operatore (la circostanza fu peraltro confermata a detta dell'utente, dal Servizio Clienti Vodafone).

Spetta pertanto all'utente il rimborso della somma di Euro 550,00, oltre IVA, risultante dalla fattura H3g n. 1389081095 del 8.12.2013.

4.2 Sulle penali Vodafone

L'utente ha dedotto che a seguito della condotta del gestore e della considerazione che il riconoscimento degli importi promessi era stato fattore decisivo per il consenso espresso sul nuovo contratto, decideva di rientrare in H3G il 31.3.2014, chiedendo la portabilità delle SIM.

A seguito del port out dunque, Vodafone emetteva fattura n. AE06400445 del 6.5.2014 di importo pari a Euro 1435,39 di cui Euro 849,10 a titolo di corrispettivo per recesso anticipato e per disattivazioni anticipate. Di tale ultimo importo l'utente ha chiesto il rimborso.

La domanda non può essere accolta.

Dalla narrativa si deve dedurre che l'utente abbia richiesto direttamente ad H3G la portabilità, avvalendosi della facoltà prevista dalla Del.274/07/CONS e s.m., di rivolgersi direttamente al Recipient senza necessità di comunicare alcuna disdetta al Donating.

Tuttavia con tale modalità, Vodafone non è stata messa in condizione di riconoscere in tale condotta una risoluzione contrattuale per inadempimento, che doveva essere comunicata e motivata al dante causa, posto che i due istituti civilistici (esercizio della facoltà di recesso/o azione di risoluzione del contratto) hanno effetti diversi, e non solo in termini di applicazione di corrispettivi per recesso su offerte promozionali a durata vincolata.

Dall'ultima corrispondenza intercorsa con il promotore infatti, quand'anche da questi notiziata al gestore, non risultano ancora intenzioni di concludere il rapporto contrattuale ed i toni sono ancora interlocutori.

Di tenore diverso sono invece i reclami scritti rivolti direttamente all'assistenza Vodafone, laddove si contestano puntualmente i supposti inadempimenti del gestore, ma solo in date di molto successive al passaggio ad H3G (20.5.2014 e 24.6.2014).

L'utente avrebbe pertanto dovuto comunicare la risoluzione contrattuale per inadempimento a Vodafone, manifestando l'intenzione di portare i numeri mobili presso altro operatore ai fini della loro conservazione, mettendo così il gestore nelle condizioni di appurare quanto contestato ed, eventualmente, non applicare le penali.

Per altra motivazione, tuttavia, deve essere rimborsato l'importo per disattivazione relativamente ad una sim non richiesta, di cui per omogeneità, si dirà al paragrafo successivo.

4.3 Sulle sim non richieste

La contestazione relativa all'attivazione di 6 SIM in luogo di 4, invece, risulta solo parzialmente fondata.

Dal contratto depositato dall'istante, infatti, risulta chiaramente la richiesta di attivazione di 5 USIM con profilo Relax Basic, 4 mediante portabilità dal precedente gestore H3G (393****752, 393****340, 373****635, 393****088) ed una di nuova attivazione (342****649).

Appare, quindi, ingiustificata solamente l'attivazione della ulteriore USIM corrispondente al n. 328****020, con contratto Piano Zero Super Relax, con corrispondente diritto dell'utente al rimborso di quanto pagato a tale titolo ed all'indennizzo previsto dalla Delibera 73/11/CONS.

Infatti in ossequio ai principi di ragionevolezza e rispetto del *favor utentis* in tema di contenuto e qualificazione delle istanze di cui al punto III.1.2 della delibera n.276/13/CONS (Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie ...),le istanze inesatte, ogni qualvolta sia possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e pertinente rispetto alla questione, il che implica la possibilità per l'organo giudicante, di liquidare l'indennizzo conseguente ad un inadempimento accertato, anche in assenza di richiesta espressa.

L'utente ha, pertanto, diritto al rimborso di quanto complessivamente fatturato per la USIM illegittimamente attivata:

- fattura AE00719349: € 105,60 oltre iva
- fattura AE03767560: € 165,60 oltre iva
- fattura AE06400445: € 355,00 oltre iva (comprensiva di corrispettivo per recesso ed escluso il corrispettivo per disattivazioni anticipate in quanto ratei dei telefoni acquistati)

Così, per un totale di Euro 626,20, oltre IVA.

Viene altresì riconosciuto l'indennizzo giornaliero previsto dall'Art. 8.1 della Delibera Indennizzi dal 15.11.2013 (giorno di inizio della fatturazione indicata in fattura dal gestore) al 31.3.2014 (data di passaggio ad H3G dedotta dall'utente), per un totale di € 680,00.

4.4 Sulla mancata risposta ai reclami

Si premette che la domanda, non presente nell'istanza UG prot. n. c-13956 del 18.11.2014, è stata sottoposta a tentativo obbligatorio di conciliazione in quanto sulla stessa il gestore ha accettato il contraddittorio come risulta dai verbali di entrambe le udienze, del 28.10.2014 e 15.1.2015.

Risultano agli atti due reclami, uno reiterativo dell'altro, ricevuti da Vodafone il 20.5.2014 e 24.6.2014, ai quali non risulta che l'operatore abbia fornito risposta.

Rileva, nel caso di specie, 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 in quello non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. In particolare, 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.

Spetta pertanto all'utente l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo ai sensi degli Artt. 2 e 11.1 e 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, a decorrere dal 4.7.2014 (già detratto il termine utile per la risposta come da Carta Servizi Vodafone) al 15.1.2015 (data della seconda udienza di conciliazione) per Euro 195,00.

5. Sul rimborso delle spese per l'espletamento della procedura

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 100,00 (cento/00) considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della società Ricerca Moderna xxx nei confronti di Vodafone Italia xxx.
2. La società Vodafone Italia xxx, è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) a titolo di spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - a. Euro 680,00 (seicento ottanta/00) a titolo di indennizzo ex art. 8.1 Allegato A Delibera indennizzi per l'attivazione non richiesta della USIM n. 328****020;
 - b. Euro 195,00 (cento novantacinque/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami ex art. 11.1 e 2 Allegato A Delibera Indennizzi;
3. La soc. Vodafone Italia xxx è inoltre tenuta a rimborsare all'utente, previa verifica del pagamento, le seguenti somme, maggiorate degli interessi legali a decorrere dalla data del pagamento:
 - a. Euro 672,00 (seicento settantadue/00) (i.e.), -risultante dalla fattura H3g n. 1389081095 del 8.12.2013- a titolo di rimborso delle penali;

b. Euro 626,00 (seicento ventisei/00) (i.e.) a titolo di rimborso per l'indebita fatturazione relativa USIM n. 328****020 non richiesta;

4. 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.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. 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, lì 21 aprile 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto