DELIBERA DL/061/18/CRL/UD del 26 giugno 2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

S. GENOVESE / VODAFONE ITALIA XXX

(LAZIO/D/350/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 26 giugno 2018;

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 presentata dal sig. S. Genovese in data 6.4.2016;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

L’istante ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di Vodafone, in relazione al contratto n. XXXXX7523, la mancata applicazione dello sconto promozionale.

Nell’istanza di definizione e negli scritti difensivi, l’utente ha lamentato quanto segue.

i. In data 21.9.2015 veniva contattato da un operatore Vodafone che gli proponeva l’offerta “Vodafone Fibra Family” al costo promozionale € 15,00 euro mensili; specificatamente, con la sottoscrizione dell’offerta, il canone mensile di listino veniva ridotto a € 30,00 e, in più, sarebbe stato possibile ridurlo ulteriormente del 50%, con altra promozione, da attivare mediante utilizzo di un codice promozionale.

ii. In data 22.9.2015 veniva contattato nuovamente dal medesimo operatore e aderiva, tramite registrazione telefonica, all'offerta proposta; al termine della telefonata riceveva un messaggio contenente il codice per attivare la promozione del 50%, che si sarebbe dovuto - a detta dell'operatore - inserire solo una volta attivata la linea e trascorso il termine di 14 gg utili per l'esercizio del diritto di ripensamento.

iii. Il 3.11.2015, tramite Pec, richiedeva al gestore di fornire i chiarimenti per l'inserimento del codice, senza ricevere alcun risposta; successivamente reiterava la richiesta con Pec del 16.11.2015, che veniva riscontrata da Vodafone con mail del 19.12.2015 con cui il gestore precisava la correttezza del proprio operato rispetto alle condizioni contrattuali indicate in fase di sottoscrizione del contratto, asseritamente ricondotte a Euro 30 mensili per i primi 12 mesi e a 39 successivamente.

iv. Vodafone non aveva mai posto l'utente nelle condizioni di poter attivare l'opzione su indicata e non aveva mai trasmesso la documentazione cartacea relativa all'offerta a cui aveva aderito.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- a. l'attivazione dell'offerta così come proposta e accettata a € 15,00 mensili (oltre €/mese 4,00 per i primo 48 mesi);
- b. la restituzione degli importi addebitati in più, ovvero € 30,00 per ciascuna fattura emessa, nonché € 30,00 per ciascuna fattura da emettere e incassata con canone di € 30,00 mensile;
- c. indennizzi automatici previsti dall'AGCOM;
- d. rimborso spese sostenute in conseguenza dell'illegittimo operato del gestore.

2. La posizione dell'operatore Vodafone

Vodafone, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata, nella quale ha richiesto il rigetto delle domande, precisando che l'attivazione del servizio era stata eseguita nel pieno rispetto delle condizioni indicate in fase di sottoscrizione del contratto che prevedevano un contributo mensile promozionale di € 30,00 per i primi 12 mesi e, successivamente, un canone mensile di € 39,00.

Evidenziava che l'utente stesso ammetteva di non aver attivato la promozione, tramite l'inserimento del codice promozionale nell'area "Fai da te" presente sul sito internet e, conseguente, precisava che il rimborso delle somme pagate non era dovuto.

3. Motivazione della decisione.

Preliminarmente si rileva che l'eccezione sollevata dal gestore in merito alla genericità degli indennizzi richiesti, che comporterebbe la lesione del diritto di difesa, non può essere accolta. Le domande possono infatti ragionevolmente interpretarsi quali richieste di liquidazione dei previsti titoli di indennizzo quale conseguenza dell'accertamento dei corrispondenti inadempimenti contrattuali sui quali viene predisposta la difesa di controparte.

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

3.1 Sulla mancata applicazione dell'offerta promozionale

L'istante ha richiesto il rimborso parziale delle somme pagate per mancata applicazione dello sconto promozionale del 50% sull'offerta sottoscritta con il gestore.

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.

Nel caso in esame, tuttavia, il contratto è stato stipulato tramite tecnica a distanza e quindi a fronte della contestazione dell'utente circa il contenuto e le condizioni economiche del contratto a mezzo di accettazione telefonica, è onere probatorio dell'Operatore fornire la prova positiva della conclusione del contratto stesso ad altre condizioni.

Il caso di specie rientra nella particolare disciplina approntata dal Codice del Consumo (nella versione novellata dal D.Lgs. 21.2.2014, n. 21), all'art. 45 e segg., per i contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali, che si caratterizzano per la non simultanea presenza di professionista e consumatore al momento della conclusione del contratto, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore rispetto alla controparte soprattutto per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la "distanza" lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo.

Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico del professionista, ovvero: le informazioni relative al negozio stipulando, da fornire "*prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali*" (art.49); l'obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto durevole, compresa, se del caso la conferma del previo consenso espresso all'accettazione del consumatore e dell'accettazione del consumatore in conformità all'art.59, comma 1, lettera o) (art. 50, comma 2 per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali); l'obbligo di inviare conferma per iscritto al consumatore che abbia concluso il contratto per telefono "*il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi* Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su supporto durevole" (art. 51, comma 6 per i contratti conclusi a distanza); dette conferme debbono contenere tutte le informazioni di cui all'art.49, comma 1 (art. 50, comma 4 lett.b e art.

51, comma 7); il diritto del consumatore di recedere senza costi e senza obbligo di motivazione entro quattordici giorni lavorativi, decorrenti dalla conclusione del contratto o dalla consegna dei beni, mediante modulo di recesso fornito dal professionista, o mediante *“qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto”* (art.54) ; come pure di usufruire di eventuali modalità alternative messe a disposizione dal professionista (*compilazione ed invio telematico del modulo recesso o tramite sito web*) (art.54); l'onere della prova sul valido esercizio del diritto di recesso incombe sul consumatore (art.54, comma 4); il valido esercizio del recesso obbliga il professionista al rimborso di tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore entro quattordici giorni dalla data in cui è informato della decisione di recedere (art. 56); il consumatore restituisce i beni o li consegna al professionista senza indebito ritardo ed in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere (art.57). Se in violazione dell'art.49, comma 1, il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo del recesso iniziale; se le informazioni di cui al comma 1 sono rese entro dodici mesi dalla conclusione del contratto o dalla consegna dei beni, il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni (art.53).

Orbene, è pacifica tra le parti l'adesione in data 22.9.2015, tramite vocal order, all'offerta "Super Fibra Family" con promozione del canone da € 39,00 a € 30,00, oltre un costo di attivazione mensile di Euro 4,00.

Controversa è invece l'applicazione dell'ulteriore promozione che dava diritto ad una ulteriore riduzione del canone del 50%: a detta dell'operatore, per mancato inserimento del codice promozionale nell'Area "Fai da te" presente sul sito internet di Vodafone; a detta dell'utente, per scarse informazioni fornite sulle modalità di tale inserimento.

Ebbene, nel corso della telefonata del 22.9.2015, l'operatore del call center precisava all'istante che avrebbe dovuto inserire il codice promozionale ricevuto tramite sms contestualmente all'adesione telefonica, mediante accesso all'area "Fai da Te" non prima di 14 giorni successivi alla data di attivazione del servizio.

A fronte di tale indicazione, seppure sintetica, regola di ordinaria buona fede e diligenza nell'esecuzione del contratto avrebbe dovuto suggerire all'utente almeno un tentativo di accesso all'Area Clienti (peraltro menzionata in ogni singola fattura insieme alla APP Vodafone ed al n. 190, sotto la voce "Vodafone per Te") e, in ultima analisi, avrebbe potuto facilmente contattare telefonicamente il servizio clienti del gestore, che sicuramente gli avrebbe fornito in tempo reale tutte le delucidazioni in merito all'inserimento del codice. Non risulta invece l'allegazione di segnalazioni al riguardo. Né l'utente ha dedotto la circostanza di aver almeno tentato di effettuare la navigazione sul sito per poter attivare la promozione in questione. Anche le PEC del 3.11.2015 e del 16.11.2015 di richiesta di istruzioni sono intempestive, ovvero inoltrate dopo più di un mese dalla registrazione del vocal order (22.9. 2015).

Per tali motivazioni non può essere accolta la richiesta di applicazione dello sconto del 50% sul canone, nonché la richiesta rimborso di quota parte delle fatture emesse dal gestore.

A ben vedere, dalle fatture in atti, risulta applicata l'offerta così come descritta nella registrazione telefonica, con l'unica differenza ravvisabile nella durata del vincolo contrattuale (24 mesi anziché 12 come ricostruito da Vodafone nella risposta al reclamo.

Tuttavia non si può avere contezza in questa fede dell'effettiva applicazione di detto vincolo, né si rileva alcun interesse dell'utente al prolungamento delle predette condizioni tariffarie.

Parimenti vanno rigettate la richiesta di riconoscimento di indennizzi di cui alla normativa di settore, (peraltro non previsti per la fattispecie in esame, non configurandosi la mancata applicazione di un eventuale sconto promozionale quale indebita attivazione di un servizio/profilo tariffario non richiesto) nonché la richiesta di rimborso delle spese sostenute in conseguenza dell'illegittimo operato del gestore, non potendosi attribuire al gestore alcun inadempimento per i fatti contestati e per cui l'utente, tra l'altro, non ha fornito alcuna documentazione che comprovi tali esborsi.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza presentata dal Sig. S. Genovese nei confronti di Vodafone Italia XXX con compensazione tra le parti delle spese di procedura”.
2. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.
3. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
4. 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, 26/06/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto