

Area Definizione delle controversie

DEFC.2015.17

Determinazione n. 17/2015

Tit. 2013.1.10.21.1236

del 02/10/2015

OGGETTO: DEFINIZIONE CONTROVERSIA XXX/ VODAFONE OMNITEL X

La Responsabile del Servizio Corecom

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*", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

Visto l'art. 1218 c.c.;

Visto il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

Vista la legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*";

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)*", in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed integrazioni, di seguito "Regolamento";

Vista la delibera Agcom 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 "Regolamento indennizzi";

Viste le Linee Guida della Direzione Tutela dei Consumatori Agcom del 28 giugno 2007 esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4 della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3 della medesima legge;

Vista la delibera Agcom n. 276/13/CONS, dell'11 aprile 2013, recante *"Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche"*;

Visto il provvedimento n. 80542/Agcom del 30.12.2008;

Viste le delibere Agcom nn. 70/10/CIR, 87/10/CIR, 69/11/CIR, 63/12/CIR, 83/12/CIR, 84/12/CIR;

Viste le delibere Corecom Emilia-Romagna nn. 2/11, 12/11, 1/12, 4/12, 36/15, 61/15, 64/15; Corecom Lazio nn. 48/12 e 50/13/CRL; Corecom Puglia n. 33/12;

Visto lo *"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);

Visti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell'istante

La società istante Cappelli X lamenta la fatturazione da parte di Vodafone Omnitel X (di seguito Vodafone) di costi a titolo di "penale" per il recesso dal contratto. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante dichiara quanto segue:

- di aver riscontrato sulla rete mobile una assenza di copertura tale da obbligarla ad uscire dai locali della propria attività per poter utilizzare il servizio;
- a fronte del lamentato disservizio, di aver contestato la fattura n. AC11252775 che imputava la somma di euro 291,66 a costo di recesso dal contratto.

In base a tali premesse, l'utente richiede lo storno del costo di recesso.

2. La posizione dell'operatore

Vodafone chiede il rigetto della domanda dell'istante. La società a tal fine dichiara che il costo "per penale" è legittimo in quanto il recesso è stato effettuato dall'utente prima della scadenza dei "24 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto".

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta formulata dalla parte può essere accolta come di seguito precisato.

1. Si ritiene opportuno premettere che il procedimento di definizione della controversia in epigrafe ha ad oggetto unicamente l'utenza mobile n. XXX, come da archiviazione parziale del procedimento regolarmente trasmessa alle parti (prot. n. AL.2014.13402 del 31/03/2014) e disposta contestualmente alla comunicazione di avvio ex art. 15 del Regolamento, rilevata l'improcedibilità parziale ex artt. 14 e 20 del Regolamento con riferimento alle ulteriori utenze indicate nel Formulário GU14. Ne discende che la controversia di cui trattasi verte unicamente sulla fatturazione del costo per recesso anticipato da parte di Vodafone in relazione alla predetta utenza mobile e non anche sulle problematiche relative ad altra utenza fissa che figurano sull'istanza di definizione presentata. Sempre in via preliminare si precisa, inoltre, che le richieste dell'istante riportate nel Formulário GU14 non coincidono esattamente con quelle contenute nel Formulário UG, introduttivo del precedente tentativo di conciliazione. Nel caso di specie non si rinviene, tuttavia, alcuna violazione del principio della coincidenza tra l'oggetto della richiesta di definizione e quello già sottoposto al tentativo di conciliazione, sancito dall'art. 14, comma 1 del Regolamento che vincola la presentazione di un'istanza di definizione all'esito negativo del tentativo di conciliazione, poiché l'Autorità al paragrafo III.1.2 delle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS interpreta la citata norma non nel senso di richiedere l'assoluta identità formale delle domande, ma soltanto che "la questione in discussione sia la medesima". Il tema dell'addebito delle "penali" risulta chiaramente espresso già nell'istanza di conciliazione e nella documentazione ad essa allegata, poi depositata nuovamente assieme al GU14: ne discende che la domanda di parte istante risulta ammissibile e potrà essere trattata in questa sede.
2. Nel merito occorre innanzitutto stabilire se la fattispecie in esame debba essere inquadrata come recesso anticipato secondo le previsioni legislative contenute nel c.d. decreto Bersani, convertito con legge n. 40/2007 - che ha introdotto una specifica disciplina dei vincoli temporali al contratto e del recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche - o come risoluzione per inadempimento dell'operatore. La società Cappelli X, in riferimento alla

fattura n. AC11252775, ha contestato tramite lettera raccomandata datata 08/09/2012 e ricevuta da Vodafone il 17/09/2012, come si evince dall'avviso di ricevimento in atti, il costo della "penale" di 291,66 euro, addebitata a seguito del recesso dal contratto. L'esercizio del diritto di recesso nel caso di specie è stato motivato dai disservizi occorsi sulla linea e segnatamente dalla "scarsa copertura" del segnale mobile, che però l'utente ha lamentato in modo molto generico e solamente attraverso la suddetta comunicazione del 08/09/2012, riconducibile – secondo la ricostruzione in fatto – ad una data successiva a quella della disdetta. Dall'istruttoria condotta non emergono, dunque, né l'indicazione né la prova "a sostegno delle date effettive di inizio e di fine dell'asserito periodo di disservizio" né "l'evidenza delle segnalazioni eventualmente inoltrate a Vodafone" in merito all'asserito malfunzionamento. Quanto appena rilevato viene eccepito da Vodafone con la memoria difensiva ritualmente prodotta, a cui non è seguita alcuna replica di parte istante che pure ne aveva facoltà entro il termine a tal fine concesso con la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 16, comma 2 del Regolamento, e trova riscontro nell'orientamento dell'Autorità e dei Corecom. Sul punto della mancata segnalazione del malfunzionamento all'operatore, in particolare, è stato così statuito: "non sussiste la responsabilità dell'operatore per malfunzionamento della linea qualora l'utente non provi di aver inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di un reclamo, il gestore non può avere contezza del guasto e non può, quindi, provvedere alla sua risoluzione" (v. *ex multis* le delibere Agcom n. 69/11/CIR, Corecom Puglia n. 33/12, Corecom Lazio n. 48/12). Se dunque non risulta accertato che lo scioglimento del rapporto contrattuale sia derivato da una risoluzione per inadempimento dell'operatore e non è possibile, di conseguenza, far discendere dalla risoluzione del contratto per fatto imputabile all'operatore "l'illegittimità della richiesta di pagamento a titolo di penali/disattivazioni anticipate/corrispettivo per recesso anticipato" (cfr. le delibere del Corecom Emilia-Romagna nn. 12/11 e 36/15), la fattispecie in esame dovrà essere inquadrata come semplice recesso anticipato dal contratto. In base alle previsioni contenute nella legge n. 40/2007, gli utenti possono recedere dai contratti liberamente, senza vincoli temporali (ma con preavviso, che può essere al massimo di 30 giorni) e con le sole eventuali spese giustificate dai costi affrontati dall'operatore. La legge, infatti, non ha stabilito una durata particolare dei contratti (che rimane quella indicata nelle Condizioni generali di contratto applicate) ma ha stabilito che si può recedere in ogni tempo. In particolare la normativa dispone che "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di

comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore" (art. 1, comma 3). Secondo l'orientamento adottato dall'Agcom in materia attraverso le Linee Guida del 28 giugno 2007 (emanate sulla base dei poteri di vigilanza attribuiti dal comma 4 dell'art. 1 della legge sopra richiamata), "l'utente non deve versare alcuna "penale", comunque denominata, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, poiché gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli "giustificati" da "costi" degli operatori" (punto 6.2). I soli importi che gli operatori possono porre a carico degli utenti, ove necessario, devono quindi consistere nelle "spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento" (punto 6.3), le quali sono oggetto di verifica da parte dell'Autorità. Inoltre, anche in applicazione di un orientamento consolidato sul punto (v. *ex multis* le delibere Agcom n. 70/10/CIR, n. 87/10/CIR e successive conformi e le delibere Corecom Emilia-Romagna nn. 2/11, 1/12, 4/12 e successive conformi), è l'operatore a dover dimostrare la pertinenza e l'equivalenza tra gli importi fatturati e i costi effettivamente sostenuti per gestire il recesso e disattivare il servizio; in assenza di tale prova, "l'utente ha diritto al rimborso o allo storno di quanto indebitamente fatturato" (v. delibera Agcom n. 87/10/CIR). Vodafone ha svolto le seguenti deduzioni: sull'*an*, si è limitata genericamente a dichiarare che il costo applicato è legittimo in quanto "l'utente ha effettuato il recesso prima dei 24 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto"; sul *quantum*, in relazione al quale è tenuta alla prova relativa all'entità del costo ovvero che esso è pertinente e correlato all'attività di cessazione del servizio posta in essere, non ha svolto specifiche deduzioni, ma ha di contro argomentato che gli importi sono stati richiesti "per compensare le eventuali offerte e promozioni attivate a favore dell'utente e sostenibili dal gestore solo ed esclusivamente qualora l'utente mantenga il rapporto contrattuale con lo stesso almeno 24 mesi garantendo in tal modo un introito bimestrale in grado di coprire sul lungo periodo (appunto 24 mesi) i costi sostenuti dal gestore per la fornitura del servizio in offerta o promozione". Anche ipotizzando che l'importo di 291,66 euro fatturato a titolo di corrispettivo per recesso anticipato sia equivalente ai costi effettivamente sostenuti da Vodafone per la gestione della procedura di disattivazione, nel caso di specie va tenuto conto di un ulteriore profilo, quello cioè del recesso da offerte promozionali. L'Autorità con il provvedimento n. 80542/Agcom del 30.12.2008 ha ritenuto inammissibile il recupero, in

caso di recesso anticipato dal contratto, degli sconti applicati nelle offerte promozionali e già fruiti dagli utenti, ma i Giudici amministrativi davanti ai quali il citato provvedimento è stato impugnato, prima con sentenza Tar Lazio, sez. terza ter, n. 5361/2009 e poi con sentenza n. 1442/2010 del Consiglio di Stato, sez. sesta, hanno statuito in senso contrario. Il rimborso degli sconti già praticati al cliente è stato considerato legittimo in ragione di un vincolo di durata contrattuale non rispettato; così il Tar Lazio: “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”. La fattispecie del recesso anticipato da offerte promozionali è stata differenziata, quindi, dalla fattispecie del recesso anticipato dal contratto a prezzo pieno, tutelata dall’art.1 del c.d. decreto Bersani, ed in tal modo sottratta dalla sua disciplina. Nel caso *de quo* è importante precisare che pur se è pacifico tanto l’avvenuto esercizio del diritto di recesso da parte dell’utente quanto l’avvenuta conclusione del contratto stesso tra la società istante e Vodafone, in ordine ai quali nessuna contestazione è stata mossa dalle parti, tuttavia non vi è prova alcuna o riferimento alcuno in atti né per quel che riguarda la data del recesso né per quel che riguarda la data di instaurazione del rapporto contrattuale e le condizioni tariffarie sottoscritte e/o le promozioni e gli sconti cui l’utente abbia aderito, poiché nessuna delle parti ha fornito copia della disdetta o del contratto e nemmeno ne ha indicato le date di riferimento. In altre parole, per ciò che qui interessa, non vi è prova dell’applicabilità del principio sopra riportato al caso *de quo*. Vodafone non ha prodotto, come invece avrebbe dovuto per esonerarsi da responsabilità ai sensi dell’art. 1218 c.c. (cfr. delibera Corecom Emilia-Romagna n. 51/14), nessun documento che dia atto degli sconti offerti e delle cifre di cui avrebbe chiesto il rimborso laddove il rapporto contrattuale avesse avuto una durata inferiore ai 24 mesi pattuiti. Anche ammesso poi che le Condizioni generali di contratto vigenti al momento del recesso prevedessero la possibilità per il gestore di addebitare somme a titolo di recesso anticipato, l’orientamento dell’Autorità e dei Corecom (v. le

delibere Agcom nn. 63/12/CIR, 83/12/CIR, 84/12/CIR ed *ex multis* la delibera Corecom Lazio n. 50/13/CRL) porta a ritenere che, se tali costi di recesso sono stati introdotti in costanza di rapporto contrattuale tra le parti, è sempre onere dell'operatore dimostrare di aver fornito adeguata informativa all'utente ai sensi dell'articolo 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche, tramite chiara ed esaustiva comunicazione. Secondo la norma appena richiamata "gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni". Vodafone, al contrario, non prova e non deduce alcunché sul punto e in base alla documentazione in atti non è dato sapere se questi costi siano stati accettati dall'utente al momento dell'adesione tramite la sottoscrizione dell'apposita clausola o se diversamente siano stati introdotti nel corso del rapporto contrattuale fra le parti. In materia di ripartizione dell'onere della prova, è pacifico l'orientamento giurisprudenziale e dell'Autorità che hanno fatto applicazione dell'art. 1218 c.c., norma secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Secondo l'Agcom "l'operatore dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati" (Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, paragrafo III.4.2). Vodafone avrebbe dovuto pertanto dimostrare quali fossero le condizioni di favore praticate al cliente, quale fosse l'entità dello squilibrio contrattuale che il recesso anticipato dell'utente avrebbe causato alla società, nonché la previsione contrattuale dei costi di recesso o, in alternativa, l'avvenuta notifica all'utente della modifica delle condizioni contrattuali. Da tutto quanto esposto e in conformità ad altra decisione resa da codesto Comitato (v. delibera Corecom Emilia-Romagna n. 61/15), si ritiene discenda il diritto dell'istante a vedersi comunque stornati i costi per recesso anticipato applicati dal gestore. La richiesta formulata da Maria Paola Cappelli sas può dunque trovare accoglimento e Vodafone sarà tenuta a stornare all'utente la somma di euro 291,66.

DETERMINA QUANTO SEGUE

1. Accoglie l'istanza di Cappelli X nei confronti di Vodafone Omnitel X per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società Vodafone Omnitel X è tenuta a stornare la somma di euro 291,66 (duecentonovantuno/66).
3. La società Vodafone Omnitel X è tenuta, altresì, a comunicare a questo ufficio l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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 determina è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

La Responsabile del Servizio Corecom
dott.ssa Primarosa Fini