

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
PANFILO F. / VODAFONE OMNITEL xxx
(LAZIO/D/937/2014)

Registro Corecom n. 46/2015

IL DIRIGENTE

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 Ing. F. Panfilo presentata in data 21.11.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Vodafone Omnitel xxx di seguito per brevità “Vodafone”– il malfunzionamento del servizio Voce ed ADSI, ed ha richiesto il rimborso e lo storno delle somme illegittimamente addebitate a titolo di penali e ratei terminali a seguito di migrazione, nonché lo storno della fatturazione successiva al recesso.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. Di avere trasferito, nel mese di maggio 2012, due utenze fisse con ADSL relative allo studio di cui è titolare verso Vodafone con contestuale acquisto di un Ipad;

b. Evidenzia che il servizio non abbia mai funzionato correttamente e, dopo aver avuto rassicurazioni da parte del servizio di assistenza tecnica sulla risoluzione a breve delle

problematiche, a novembre 2012 trasferiva sempre a Vodafone tutte le utenze mobili con richiesta di acquisto di un Ipad e di un telefono (Samsung SII);

c. Sostiene altresì di non aver mai ricevuto, sebbene regolarmente pagati ratealmente, né l'Ipad né il cellulare;

d. Successivamente, persistendo le problematiche tecniche, decideva nel dicembre 2013 di migrare tutte le numerazioni sia fisse che mobili ad altro gestore;

e. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 21.10.2014, si concludeva con esito negativo, stante la mancanza di proposte conciliative da parte del gestore;

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti di Vodafone:

- i. Il rimborso dei costi e corrispettivi applicati per recesso presenti nella fattura n. AE005771863;
- ii. Il rimborso delle rate dei telefoni, mai ricevuti, presenti in tutte le fatture emesse da Vodafone sino alla disdetta e lo storno dei ratei addebitati successivamente alla disdetta stessa.

Nelle memorie allegate all'istanza di definizione, evidenziava che l'operatore Vodafone si era impegnato a pagare tutte le penali che l'operatore donating (TIM) avrebbe addebitato all'istante, evidenziava che si era visto addebitare diverse penali a seguito di migrazione ad altro operatore, precisava di aver indebitamente pagato la somma di €266.20 per un tablet mai consegnato, e contestava il fatto che Vodafone avesse continuato a fatturare per l'anno 2014, nonostante che l'istante fosse migrato ad altro operatore nel dicembre 2013.

Chiedeva nei confronti di Vodafone:

- i. Il rimborso della somma di €1.145.20 per penali ed un Ipad mai ricevuto;
- ii. Lo storno di tutta la situazione debitoria dalla data della migrazione per €1.216,00;
- iii. Un indennizzo di €1.200,00 per mancata risposta ai reclami e per i disservizi ricevuti;
- iv. Il versamento della somma di €800,00 quale rimborso delle penali ricevute da parte di TIM, come pattuito.

2. La posizione dell'operatore Vodafone.

Vodafone ha dedotto, nella propria memoria difensiva, in via preliminare l'inammissibilità delle richieste di indennizzo poiché palesemente generiche e non quantificate ai sensi della delibera 73/11/CONS.

Sempre in via preliminare evidenziava l'assoluta mancanza di prove a sostegno delle date effettive in cui si sarebbero verificate varie tipologie di disservizi, dichiarando che non vi era alcuna responsabilità in capo all'operatore che aveva regolarmente erogato il servizio.

Nel merito confermava la correttezza del proprio operato in conformità alla proposta di abbonamento sottoscritta, contestando fermamente la richiesta di rimborso delle penali richieste da Tim, non prevista contrattualmente, né altrimenti autorizzata da Vodafone.

Evidenziava, infine, che l'unica comunicazione ricevuta dall'istante è una raccomandata a/r ricevuta nel dicembre 2013 con la quale si chiedeva la disattivazione della numerazione xxxxx5000 e che, nonostante l'utente avesse effettuato la portabilità verso altro gestore, l'utente lasciava attive su rete Vodafone due utenze le quali sono state disattivate per insoluti, che ad oggi ammontano ad €1.216,22.

3. 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.

In via preliminare devono essere dichiarate inammissibili la domanda al contributo di €800,00 quale rimborso delle penali addebitate da Tim, e dell' indennizzo per mancata risposta ai reclami.

Le stesse infatti non venivano avanzate in sede di conciliazione, né esplicitate in udienza : la prima è stata formulata infatti solo con le memorie difensive; la seconda solo con istanza Gu14, laddove la circostanza di aver reclamato veniva espressamente esclusa in fase di compilazione del formulario UG.

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

3.1 Sul malfunzionamento

L'istante lamenta il malfunzionamento dei servizi voce ed ADSL, dalla attivazione (maggio 2012) sino alla migrazione avvenuta nel successivo dicembre 2013, e chiede la liquidazione di un indennizzo per il disservizio.

Per contro l'operatore Vodafone chiede dichiararsi l'inammissibilità della domanda stante la genericità in ordine alla tipologia di disservizio, avanzate dall'istante e deposita in giudizio .

La domanda dell'utente non può essere accolta per eccessiva genericità nell'allegazione dei fatti posti a suo fondamento.

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.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

All'utente spetta pertanto un onere di deduzione ed allegazione dei fatti che non è stato sufficientemente adempiuto per poter svolgere valutazioni in ordine al supposto grado di inadempimento del gestore.

Premesso che nell'istanza di conciliazione il malfunzionamento era stato citato unicamente quale giusta causa per la rescissione del contratto senza oneri e spese per l'utente, senza alcuna pretesa indennizzatoria sul punto, nel procedimento di definizione detto supposto inadempimento non è stato comunque circostanziato né cronologicamente (il periodo è espresso genericamente in mesi), né riguardo la tipologia di disservizio lamentato, sì da rendere sufficientemente certa l'applicazione del relativo parametro indennizzatorio.

A tale acquisizione peraltro era diretta apposita richiesta istruttoria contenuta nella nota di avvio del procedimento con la quale, tra l'altro, si richiedeva di precisare il tipo di disservizi e circostanziare le segnalazioni inoltrate al gestore, in quanto costitutive della sua messa in mora in ordine all'esistenza di un guasto. Tali richieste non sono state riscontrate dall'istante.

La domanda pertanto non può essere accolta.

3.2 Sull'addebito di corrispettivi per recesso anticipato, per ratei terminali e per canoni riferiti a periodo successivo alla migrazione verso altro gestore.

Riguardo alla legittimità o meno delle somme addebitate per cessazione anticipata del contratto, occorre fare una premessa.

L'utente ritiene infatti, erroneamente, che il gestore abbia applicato le penali per recesso anticipato, dichiarate illegittime dalla L. n. 40/2007.

La presente controversia, tuttavia, stante la documentazione contrattuale versata in atti, non riguarda i costi di recesso così come sopra descritti, ma la diversa fattispecie del recesso da offerte promozionali. 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 Tar Lazio 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 (corrispondente a quello qui in esame) 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 alla documentazione contrattuale depositata dal gestore, non contestata dall'utente, il caso di specie può essere ricondotto alla fattispecie del recesso anticipato da offerte promozionali. Risulta infatti una Proposta di Abbonamento "Offerta Vodafone partita IVA" del 22.11.2012, per la contrattualizzazione, oltre alla fonia fissa, di tre utenze mobili (di cui una sola abbinata ad apparato Samsung Galaxy SII) attivate con i seguenti piani promozionali: "VF P IVA Smart Easy New" "VF P IVA Smart Professional New" "VF P IVA Relax". Risulta altresì una successiva Proposta di Abbonamento "Offerta Vodafone partita IVA", del 3.7.2013 per l'attivazione di sim dati con profilo "VF Internet Speed", abbinata ad apparato IPAD Display Retina.

In tale documentazione risulta, come di prassi, la presa visione e l'accettazione espressa dell'utente delle "Condizioni Generali dei Contratti di Abbonamento per le Aziende", le quali, alla Sezione " Condizioni di adesione all'offerta voce ed all'offerta dati....." stabiliscono (art.1 Durata) – in deroga alla durata a tempo indeterminato- in 24 mesi la durata minima del rapporto contrattuale decorrente dalla sottoscrizione, tra gli altri, dei menzionati piani tariffari ""VF P IVA Smart Easy New", "VF P IVA Smart Professional New", "VF P IVA Relax", "VF Internet Speed"; la stessa sezione prevede che, in caso di recesso da parte del cliente prima della scadenza, questi è tenuto al versamento del corrispettivo ivi determinato per recesso anticipato dal piano tariffario in vigore, nonché a quello previsto dalla formula in abbinamento all'apparato prescelto, ove attivata.

Orbene, avendo l'utente sottoscritto offerte promozionali con vincolo di durata, per recedere senza oneri, avrebbe dovuto quantomeno comunicare al gestore la propria volontà di risolvere il contratto per inadempimento (ad es. i malfunzionamenti dedotti solo con il contenzioso).

Tuttavia tali disservizi , come argomentato al par. precedente, non risultano identificati, né identificabili in quanto non supportati da reclami o segnalazioni di guasto al gestore; né l'utente ha provato di aver inoltrato una disdetta del rapporto motivata dall'inadempimento riscontrato. Detta comunicazione peraltro, si sarebbe resa necessaria, considerato che la cessazione è avvenuta per effetto di port out, con sottoscrizione direttamente di nuovo contratto con altro gestore, escludendo perciò l'interlocuzione diretta del cliente con l'attuale dante causa.

Pertanto, la domanda di storno delle somme addebitate a titolo di corrispettivo per recesso anticipato, non può essere accolta.

Diverse considerazioni debbono svolgersi per il lamentato addebito di ratei per terminali mai consegnati, inadempimento di per sé individuabile e circostanziato *una tantum*, sul quale il gestore non ha preso posizione; al riguardo l'utente deduce di non aver mai ricevuto né l'Ipad, né

il Samsung Galaxy , per i quali invece il gestore ha regolarmente addebitato i ratei d'acquisto, in parte pagati, in parte no.

In base ai richiamati principi in tema di ripartizione probatoria, spettava a Vodafone dimostrare l'esatto adempimento dell'obbligazione assunta mediante prova della consegna degli apparati, o che l'inadempimento fosse dovuto a cause ad esso gestore non imputabili. Nulla invece è stato eccepito sul punto.

Spetta dunque all'utente il rimborso di quanto già pagato dall'utente per l'acquisto di beni non ricevuti, nonché lo storno di quanto fatturato a tale titolo fino alla chiusura definitiva del contratto.

Occorre tuttavia precisare, quanto alle somme oggetto di rimborso (sulle quali vedi infra), che pur non avendo l'utente assolto all'onere probatorio, anch'esso espressamente richiesto, di produrre fatture di riferimento e prova dei pagamenti, tuttavia , in un' ottica di *favor utentis*, le somme antecedenti alla prima fattura utile da questi prodotta (n. AE00 577183 del 14.1.2013) potranno essere rimborsate dal gestore, previa verifica degli esborsi.

Riguardo alle somme addebitate successivamente alla migrazione verso altro operatore nel "dicembre 2013", confermata dalla successiva fatturazione, rispetto alla quale il gestore ha tuttavia eccepito che fossero state lasciate attive due utenze dati, avendo ricevuto, quale unica disdetta, non prodotta, quella relativa all'utenza xxxxxx5000, a fronte della deduzione dell'utente di aver trasferito le proprie utenze altrove, spettava sempre all'operatore provare quante e quali utenze erano state fatte oggetto di portabilità e quali cessate lasciate attive, non essendo la procedura di portabilità necessariamente vincolata (art.17 Del 274/07/CONS) alla richiesta dell'utente nei confronti del Donating, ma ben potendosi evincere dagli ordini evasi nei confronti del Recipient. Non vi è dunque prova della fondatezza dei canoni addebitati successivamente alla migrazione.

In conclusione, Vodafone dovrà regolarizzare la posizione contabile dell'utente secondo le indicazioni di cui in motivazione , a valere sulle fatture depositate, come di seguito:

-fattura AE00577183 del 14.1.2014: rimborso dell'importo addebitato per "Telefoni e/o altri dispositivi mobili per Euro 48,40 + iva (fattura di vendita n.5336526154 del 5.7.2013); rimborso della somma risultante dalle sei rate già pagate per Euro 145,20 secondo la deduzione dell'utente, previa verifica dell'effettivo pagamento; rimborso del "Corrispettivo per Disattivazione Anticipate" dal piano tariffario abbinato all'acquisto del Samsung Galaxy SII (fatt. di vendita n. 5236773196 del 30.11.12) pari a Euro 121,00 + iva, corrispettivo non applicabile come da C.G:C. perché l'apparato non è stato fornito con l'attivazione del p.t.; non si rinvengono peraltro, nelle fatture in atti, ratei relativi a detto apparato;

- fattura AE03626013 del 9.3.2014: storno totale, eccetto le voci "Rata Soluzione Telefono 14 Euro/mese + iva- Apple Ipad3 (fattura di vendita n. 5236619742 del 7.6.2012) e "Traffico";

- fattura n. AE06619742 del 14.5.2014: storno totale

- fattura n. AE09251011 del 8.7.2014: storno totale

- fattura n. AE12241232 del 06.9.2014: storno totale

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, l'importo di Euro 50,00 da porsi a carico di Vodafone, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza avanzata dall'Ing. F. Panfilo nei confronti della società Vodafone Omnitel xxx.
2. La società Vodafone Omnitel xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. euro 48,00 (quarantotto /00) a titolo di rimborso sulla fattura n. AE00577183 del 14.1.2014;
 - ii. euro 145,20 (cento quarantacinque/20) a titolo di rimborso, previo accertamento dei pagamenti;
3. Dispone che la società Vodafone Omnitel xxx provveda allo storno di tutte le fatture successive secondo le indicazioni di cui in motivazione.
4. La società Vodafone Omnitel xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina 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, 03/09/2015

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio Fto