

DETERMINA Fascicolo n. GU14/207357/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA txxx i. -
Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu)****IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS; VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018; VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com); VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente txxx i. , del 21/11/2019 acquisita con protocollo n. 0501812 del 21/11/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante L’utente, all’esito negativo del tentativo di conciliazione, ha presentato istanza di definizione innanzi al CORECOM Lazio nei confronti di Vodafone Italia spa, rilevando che essendo già cliente del predetto operatore con la linea fissa 06/895xxx, nel mese di luglio 2015, si è recato in un punto vendita del predetto gestore, per portare anche la numerazione 3393xxxx. Deduce che in tale occasione gli sarebbe stato proposto di cambiare piano tariffario e passare al piano Relax Casa Edition, in quanto più

conveniente; contestualmente è stata venduta al costo di euro 10,00, una SIM 34275xxxx, affinché, terminato il vincolo con la Wind Tre, potesse portare su di essa la propria precedente numerazione. Ha esposto che poiché la copia del contratto era illeggibile, l'addetta del punto vendita ha riportato di proprio pugno le condizioni contrattuali accettate dall'istante che prevedevano un deposito cauzionale di euro 50,00, euro 78,00 a bimestre (39,00 euro al mese ADSL + SIM min. e sms illimitati + 2GB), senza ulteriori costi in fattura. A dire dell'istante, contrariamente a quanto pattuito, dal mese di settembre 2015, ha ricevuto fatture errate ed eccessive che sono state contestate immediatamente tramite call center e poi con racc. A/R del 28.12.15 ricevuta il 31.12.2015 con cui l'istante si è lamentato delle condizioni applicate in quanto diverse da quelle pattuite, evidenziando l'illeggibilità del contratto e manifestando la volontà di recedere, con richiesta di rimborso di quanto versato indebitamente. Reclamo non riscontrato. Ha aggiunto che la fatturazione è stata temporaneamente sistemata, ma poco dopo l'operatore ha rimandato fatture eccessive, pertanto, l'istante ha inviato nuova disdetta a febbraio 2019, con diffida a prelevare dalla carta di credito. Nonostante ciò, avrebbe ricevuto un prelievo di euro 510,82 per costi di recesso anticipato e spese varie, contestato con pec del 17.3.19. L'istante ha chiesto pertanto la restituzione di tutti gli importi indebitamente prelevati senza autorizzazione pari ad euro 510,82, nonché il rimborso di tutte le fatture maggiorate dall'inizio del contratto anno 2015 e un indennizzo per il disagio subito.

2. La posizione dell'operatore Vodafone Italia spa ha presentato memoria difensiva, contestando le richieste dell'utente e chiedendone il rigetto. Ha precisato che la Trequattrini era intestataria della numerazione 0xxxxxxx e che in seguito a verifiche effettuate, non sono stati ravvisati errori nelle fatture che invece sono da ritenersi conformi al piano tariffario prescelto e concordato in fase di adesione alla proposta di abbonamento de quo, rilevando peraltro che eventuali contestazioni delle fatture dovevano essere sollevate entro 45 giorni. Ha dedotto l'infondatezza della domanda relativa ai reclami, evidenziando che per motivi legati alla riservatezza dei dati, non è possibile produrre i dettagli del traffico telefonico che vengono conservati per un tempo superiore a sei mesi, con conseguente violazione del diritto di difesa. Ha eccepito l'inammissibilità delle richieste aventi natura risarcitoria. Infine, ha esposto che a febbraio 2019 l'istante ha avviato la migrazione verso altro gestore della numerazione 3xxxxxxxx alla quale era collegato il terminale Apple Iphone 7, pertanto Vodafone ha emesso la fattura AL03958263 con applicazione dei costi di recesso anticipato dall'offerta, nonché le rate rimanenti per l'acquisto del telefono. Sotto il profilo amministrativo e contabile ha precisato che l'utente è attualmente disattivo e non è presente alcun insoluto.
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. Prima di entrare nel merito della questione, si rileva che ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti (L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità) l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria. Alla luce di quanto sopra espresso, le richieste avanzate dall'utente ed aventi evidente natura risarcitoria, vengono pertanto rigettate. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno. La richiesta dell'istante è da accogliere nei limiti che seguono. L'utente lamenta in primo luogo, la modifica delle condizioni contrattuali. Al riguardo è noto che qualora l'operatore proceda a rimodulare unilateralmente le condizioni contrattuali ed economiche inizialmente sottoscritte dal cliente, in forza delle disposizioni legislative vigenti (art. 70 comma 4 del D. Lgs n. 259/2003), è tenuto a informare l'utente della rimodulazione con un preavviso non inferiore a 30 giorni, specificando il diritto di recesso garantito senza l'applicazione di alcun costo aggiuntivo. Dall'esame della proposta di conclusione del contratto di offerta a rate fra Vodafone e Iole Trequattrini, numero di telefono 3xxxxxxxx, risulta la seguente offerta: "Iphone 7 32GB 69 + 10 RELAX Medio CB, anticipo 69,00 euro e 30 rate ogni 4 settimane da 10 euro IVA inclusa. L'attivazione dell'offerta a rate include l'attivazione di: anticipo dispositivo IVA inclusa, 69 euro. Numero rate 30 importo Rata (IVA inclusa) 10 euro. Modalità di pagamento Carta di credito. Corrispettivo di recesso anticipato 400,00 euro. In caso di recesso anticipato, il cliente sarà tenuto al pagamento di eventuali rate residue e di un corrispettivo pari a 400,00 euro IVA inclusa". La scadenza del contratto è Aprile 2020. Gli appunti scritti su un foglio, peraltro in modo confusionario, allegati al fascicolo dall'istante, nulla provano circa le condizioni contrattuali in essere fra le parti, né chi li avrebbe stilati, pertanto, sono da ritenersi

tamquam non esset. L'utente si è limitato ad elencare, senza produrre, delle fatture aventi cadenza bimestrale, a decorrere dal

15.9.15 sino al 17.5.19, di importi variabili. L'omesso deposito delle fatture e della prova dei pagamenti non consente di accogliere la domanda proposta dall'istante con cui è stata dedotta la modifica delle condizioni contrattuali e richiesto il rimborso degli importi versati in eccesso, in quanto è impossibile accertare l'an, il quomodo ed il quantum. L'utente, infatti, non ha assolto l'onere probatorio previsto a suo carico dall'art. 2697 c.c. in quanto si è limitato a dedurre la mancata applicazione delle condizioni pattuite senza produrre al riguardo, idonea prova documentale. Conforme Corem Lazio Delibera n. 30/11 secondo cui "La domanda dell'utente deve essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente. Con riferimento al caso di specie, per ottenere il rimborso delle spese (a detta dell'utente) indebitamente pagate, avrebbe dovuto fornire la prova dei pagamenti, nonché dell'avvenuta contestazione delle fatture". Dagli atti l'unica fattura che risulta contestata in modo preciso è la fattura AL03958263 del 27.2.19 di euro 510,00. Detta fattura è stata contestata con pec del 17.3.19 con cui l'utente si duole dell'applicazione della penale deducendo che il recesso dal contratto con Vodafone è avvenuto per giusta causa in seguito ai disservizi ed inadempimenti. La proposta di contratto sottoscritta ed accettata dall'istante prevede il pagamento della penale in caso di recesso anticipato di euro 400,00 IVA inclusa. Il contratto aveva scadenza aprile 2020 e il recesso è stato esercitato con pec del 17.3.19, quindi prima della scadenza naturale del contratto, di conseguenza la penale contrattualmente prevista deve essere corrisposta dall'utente unitamente alle rate residue del telefono. Ne deriva che pur essendo legittimo il recesso posto in essere dall'utente, in ogni caso, è corretto l'inserimento del costo di recesso in fattura. Invero, i costi applicati dal gestore non sono riconducibili alle penali per recesso anticipato, dichiarate illegittime dalla legge n. 40/2007 "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" (c.d. "Legge Bersani"), quanto alla diversa fattispecie del recesso da offerte promozionali. Emblematica a tal fine è la delibera Corecom Lazio n. 67/2015 che nel seguito si riporta. "...il T.A.R. del Lazio, 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. Nell'un 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". Pertanto, stante il contratto stipulato con durata minima vincolata sino ad aprile 2020 e dell'acquisto di un Iphone tramite rateizzazione del prezzo, associato all'offerta, può ritenersi pacificamente acquisito il fatto che lo stesso utente godesse dell'applicazione di tariffe più convenienti rispetto a quelle di listino e

dell'acquisto rateale del telefonino a fronte di una permanenza contrattuale minima. Appare dunque legittima l'applicazione dei costi per recesso anticipato e per residuo rate in fattura da parte del gestore, con la conseguenza che la relativa richiesta di rimborso avanzata dall'istante viene integralmente respinta. L'istante chiede l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami. Risulta che l'utente abbia presentato reclamo in data 12.2.19. Il gestore non ha provato di avere riscontrato il reclamo prodotto. Spetta pertanto all'istante un indennizzo per la mancata risposta ai reclami ai sensi dell'art. 12, commi 1 e 2, Allegato A, Deliberazione 73/11/Cons e ss.mm.ii. Si deve precisare che il dies a quo per il conteggio è dato dalla data del 12.2.19, cui deve però essere aggiunto l'intervallo di 45 giorni che le Condizioni Generali di Contratto prevedono come tempo di risposta; invece il dies ad quem deve individuarsi nella data della prima udienza di conciliazione del 7.11.19, per un totale di euro 300,00, essendo il calcolo pro die superiore al tetto regolamentare. Non risulta fondata la doglianza relativa alla modifica delle condizioni contrattuali. La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19 comma 6 del Regolamento secondo cui, nel determinare rimborsi ed indennizzi occorre tener conto " del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione". Nel caso di specie si ritiene congruo liquidare l'importo di € 50,00 a titolo di rimborso di spese della procedura.

DETERMINA

- Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu), in accoglimento dell'istanza del 21/11/2019, è tenuta a corrispondere all'istante le seguenti somme: - € 300,00 a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, oltre interessi dalla domanda al soddisfo; - € 50,00 a titolo di rimborso spese di procedura.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura
Roberto Rizzi

f.to