

DETERMINA Fascicolo n. GU14/214355/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXX M.****- 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 XXXXXXXX M. , del 05/12/2019 acquisita con protocollo n. 0525801 del 05/12/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

Con l’istanza di definizione l’istante ha lamentato: “L’istante ha un contratto attivo con Vodafone dal 30.1.2017, riscontra una fatturazione non conforme e superiori ai 90,00 euro ca bimestrali del contratto. Contesta telefonicamente senza ricevere risposta. A luglio 2018 contatta il gestore per chiedere spiegazioni e nuovamente non viene fornito riscontro. Decide allora di migrare verso altro operatore in data 22.9.2018. Il gestore trasmette in seguito fattura di oltre 600,00 euro, comprendente anche costi di recesso, che si contesta con pec del 5.2.2019

perché ritenuta non dovuta. Nuovamente non risulta alcuna risposta da parte del gestore”. Sugli assunti premessi ha chiesto: “Storno dell’insoluto, Rimborso somme pagate e non dovute, Indennizzo per mancata risposta ai reclami, Indennizzo per attivazione profilo tariffario differente, Indennizzi e costi vari, Indennizzi come da delib. Agcom SPESE DI PROCEDURA”.

Si costituiva Vodafone Italia S.p.A. deducendo che: “Vodafone rappresenta l’infondatezza, in fatto oltre che in diritto, delle richieste avanzate da parte ricorrente in quanto nessuna anomalia è stata riscontrata nell’erogazione del servizio a favore della Sig.ra XXXXX. Nello specifico, difatti, l’odierna esponente rileva di aver correttamente applicato le condizioni contrattuali pattuite e di aver comunicato le modifiche contrattuali, in ossequio alla normativa di settore, mediante apposite note informative presenti nelle fatture AI07319954, AI02080132, AI05948391, AI09853011 e AI13814809. Quanto sopra, peraltro, è stato altresì ribadito nella risposta al reclamo inviato all’utente in data 19.2.2019 (cfr. all.1). Nel merito, poi, dei costi applicati a titolo di recesso si precisa che l’istante ha acquistato il dispositivo Samsung Galaxy S8 nel mese di gennaio 2017. L’offerta de qua, invero, prevedeva il pagamento di un anticipo di euro 229,90, 30 rate da euro 5,00 mensili e, in caso di disattivazione anticipata, un costo di euro 400,00 pari al valore totale del dispositivo acquistato (cfr. all. 2). La Sig.ra XXXXX, tuttavia, ha eseguito il recesso dopo aver pagato solo 17 rate. In forza di ciò, quindi, per il terminale sopra citato, nella fattura AI21832547 del 28.11.2018 è stato applicato correttamente il costo sopra menzionato (cfr. all. 3). In virtù di quanto sopra espresso e documentato, perciò, Vodafone conferma la correttezza del proprio operato e della relativa fatturazione. Nel merito, poi, si eccepisce che in base a quanto stabilito dalla Delibera 353/2019/CONS, articolo 20, comma 4, “L’Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell’istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all’operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell’utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità”. Ne deriva, pertanto, l’inammissibilità di ogni richiesta risarcitoria del danno, espressamente esclusa dalla normativa Agcom, e delle richieste avanzate a titolo di indennizzo, storno e rimborso. Manca, inoltre, una qualsiasi imputazione ad una specifica norma del Contratto, della Carta dei servizi nonché delle Delibere AGCOM, così come richiesto, invece, dalla suddetta Delibera. Né, tanto meno, la parte ricorrente ha prodotto prove a sostegno della propria tesi che possano, conseguentemente, comportare una dichiarazione di responsabilità del gestore odierno scrivente. Sotto il profilo amministrativo e contabile si precisa che l’utente è attualmente disattivo e risulta essere tuttora presente un insoluto di euro 595,04. Per tutto quanto sin qui esposto Vodafone Italia S.p.a. reitera le eccezioni più sopra indicate, contestando, altresì, le affermazioni dell’utente e, soprattutto, le richieste di indennizzo, storno e rimborso con conseguenziale, integrale, rigetto delle domande ex adverso avanzate in quanto infondate in fatto ed in diritto per i motivi esposti in narrativa. In via subordinata, infine, Vodafone richiede che nella denegata e sin da ora contestata ipotesi di accertamento di responsabilità, con conseguente condanna al pagamento di eventuale indennizzo, la somma oggetto di delibera venga stornata dall’importo totale insoluto, ad oggi pari all’importo di euro 595,04.

Preliminarmente, si osserva che l’istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall’art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. La richiesta dell’istante è da accogliere nei limiti che seguono. La sig.ra XXXXX lamenta, in primis, di avere riscontrato una fatturazione non conforme alle condizioni contrattuali sottoscritte il 30.1.2017 con la società Vodafone Italia S.p.A. L’operatore Vodafone replica che tali fatture contestate siano invece dovute, poiché le modifiche contrattuali effettuate, così come il diritto dell’utente di recedere senza penali in caso di non accettazione delle stesse, sono stati correttamente comunicati alla sig.ra XXXXX, ai sensi dell’art.70 del “Codice delle Comunicazioni elettroniche”. Si osserva che l’operatore non ha allegato le fatture nelle quali afferma di avere correttamente comunicato le modifiche contrattuali di cui sopra, non espletando l’onere probatorio. Secondo i principi generali sull’onere della prova (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. II 20 gennaio 2010 n. 936), 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. Si osserva altresì che, nel reclamo a mezzo PEC datato 5.02.2019, l'Associazione che rappresenta la sig.ra XXXXXX ha affermato "Che la sig.ra XXXXX aveva in essere un contratto con Vodafone Italia S.p.A. attivo dal 30.1.2017 con l'opzione Casa Edition a 40,99 euro al mese e uno smartphone al costo rateale di 10,00 euro ogni due mesi, per un totale di 90,00 euro ca a bimestre". Si conclude dunque che il rimborso delle somme corrisposte in più rispetto alle previsioni contrattuali, richiesto dall'istante, sia dovuto nei limiti della differenza tra l'importo effettivamente pagato nelle fatture contestate (nella fattispecie le citate fatture A107319954, A102080132, A105948391, A109853011 e A113814809) e l'importo iniziale di euro 90 ca a bimestre. Proseguendo nel merito della questione, l'istante contesta la fattura A121832547 che ritiene non dovuta. Si osserva che i costi contabilizzati a titolo di "totale corrispettivo per recesso/disattivazioni" non sono giustificati. Conseguentemente si dispone lo storno di tale somma, pari ad un totale di euro 165,00 iva inclusa. Tuttavia, risulta dovuto il pagamento di euro 400,00 a titolo di "corrispettivo di recesso anticipato" (come si legge nel contratto del 24.05.2017) poiché tale somma si configura come una penale relativa al recesso dal contratto di offerta a rate, riguardante lo Smartphone Samsung Galaxy S8, sottoscritto in data 24.05.2017. Inoltre, risulta dovuto il pagamento di euro 65,00 a titolo di "Rate Residue Offerta Terminale – 3402xxx - SAMSUNG GALAXY S8". In conclusione, si dispone il parziale storno della fattura contestata, nei limiti di euro 165,00. La successiva richiesta dell'istante consiste in un indennizzo pari a euro 300,00 per la mancata risposta ai reclami. Nel merito si osserva che, nella documentazione pervenuta, è allegata la risposta scritta dell'operatore Vodafone al reclamo dell'utente datato 5.02.2019, pertanto non si può affermare che la società non abbia fornito riscontro scritto alle problematiche sollevate dall'istante, rispettando così quanto richiesto dalla normativa AGCOM.

DETERMINA

- Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu), in parziale accoglimento dell'istanza del 05/12/2019, è tenuta a stornare € 165,00, contabilizzati nella fattura A121832547 a titolo di "totale corrispettivo per recesso/disattivazioni" nonché a rimborsare la differenza tra l'importo effettivamente pagato dall'istante nelle fatture contestate (nella fattispecie le citate fatture A107319954, A102080132, A105948391, A109853011 e A113814809) e l'importo inizialmente pattuito pari a euro 90 a bimestre.

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