

DECRETO Fascicolo n. GU14/105661/2019

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA [REDACTED]
[REDACTED] - 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”;

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 2018 tra Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, del 28 novembre 2017, conforme al testo approvato dall’Autorità con delibera n. 395/17/CONS del 19 ottobre 2017;

VISTA la Legge Regionale 10 aprile 2001, n. 11 “Norme in materia di comunicazione, di emittenza radiotelevisiva locale ed istituzione del Comitato Regionale per le Comunicazioni (Co.Re.Com.)” in particolare l’articolo 7, comma 1, lett. b), ai sensi del quale “il Co.Re.Com. esercita le funzioni istruttorie, consultive, di gestione, di vigilanza e controllo di competenza dell’Autorità, ad esso delegate ai sensi dell’articolo 1, comma 13, della legge 249/1997 e successive modificazioni e integrazioni, così come meglio specificate all’articolo 5 del Regolamento approvato con deliberazione dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 28 aprile 1999, n. 53”;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, stipulata tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia ed il Comitato regionale per le comunicazioni del Friuli Venezia Giulia in data 27 dicembre 2017, come prorogata dalla delibera n. 683/20/CONS del 17 dicembre 2020;

VISTA l’istanza dell’utente [REDACTED] [REDACTED], del 02/04/2019 acquisita con protocollo n. 0144285 del 02/04/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L'istante lamenta sulla SIM n. ██████████730 l'illegittima sottrazione l'importo di euro 19,90.- da parte di Vodafone avvenuta in data 01/12/2017 e comunicata con il seguente sms: "Gentile cliente, abbiamo verificato l'irregolarità nella partecipazione a Porta i tuoi amici. L'importo del premio ricevuto verrà quindi scalato dal tuo credito. Per maggiori informazioni vai su voda.it/portamici". Al reclamo inviato dall'istante con pec del 03/12/2017, volto a ottenere la restituzione dell'importo prelevato, Vodafone non ha fornito alcun riscontro. Con successive memorie e controdeduzioni, parte istante ha riferito, in sintesi, che l'iniziativa "Porta i tuoi amici" proposta da Vodafone riconosceva all'istante, a fronte della presentazione di nuovi clienti, un credito/ricarica di euro 20,00.- per ogni persona indicata (fino ad un massimo di tre). La presentazione dei nuovi clienti è stata confermata, dopo i necessari controlli da parte del gestore, con un sms e convalidata a seguito della ricezione sulla propria sim delle avvenute ricariche di euro 20,00.- elargite a distanza di 30 giorni l'una dall'altra. Dunque, a seguito della conclusione della procedura avvenuta con successo attraverso l'accredito del bonus ricarica, la detrazione del credito operata da Vodafone è stata arbitraria e illegittima. L'istante ha rilevato che la mancata restituzione entro il termine di 90 giorni del credito acquistato o ricevuto tramite ricarica deve essere indennizzata. Sulla base di quanto dedotto, l'istante ha richiesto: 1) la restituzione dell'importo di euro 19,99.-; 2) l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo quantificandolo nell'importo massimo di euro 300,00; 3) l'indennizzo per la ritardata restituzione del credito, quantificato in euro 1.950,00.- pari a euro 5,00 per ogni giorno di ritardo come previsto dalla Carta Servizi di Vodafone per un totale di 369 giorni, al netto dei 90 giorni, (dal 03/12/2017, data di invio del reclamo al 28/03/2019 data dell'udienza di conciliazione); 4) euro 100,00.- per le spese di procedura. L'istante ha quantificato complessivamente la richiesta di indennizzi nell'importo di euro 2.369,99.-

Vodafone si è costituito nel giudizio de quo eccependo preliminarmente l'inammissibilità e improcedibilità di eventuali richieste nelle istanze di definizione non coincidenti con quelle avanzate in sede di conciliazione nonché l'inammissibilità delle richieste di risarcimento del danno in ossequio a quanto previsto dall'articolo 20, comma 4, della delibera 359/2019/CONS. Nel merito Vodafone ha evidenziato che: "si è verificata una irregolarità in merito al concorso "porta i tuoi amici in Vodafone", consistente nell'aver presentato soggetti i quali avevano già autonomamente effettuato richiesta di portabilità. La stessa, quindi, è stata comunicata all'utente mediante sms di cui si riporta il testo: ""Gentile cliente a seguito di verifiche effettuate che hanno riscontrato un'irregolarità nella partecipazione all'iniziativa "porta i Tuoi amici" risulta che non hai diritto al premio assegnato. Per questo motivo abbiamo provveduto a scalare dal tuo credito l'importo del premio ricevuto"". La promozione de qua, consente ai clienti Vodafone che vi aderiscano ("i Presentanti") di "dare informazione a Vodafone in merito a terzi soggetti da essi conosciuti e intenzionati a diventare nuovi clienti Vodafone (il "Presentato") e il Bonus Ricarica è dovuto solo rispetto a quei Presentati che, successivamente alla presentazione abbiano poi effettivamente richiesto ed attivato un piano tariffario Vodafone. Il regolamento della promozione rende, dunque, evidente che la causa che giustifica l'attribuzione del Bonus Ricarica al cliente Presentante è che costui presenti a Vodafone un terzo soggetto che sia intenzionato a diventare in futuro un nuovo cliente Vodafone, sicché il bonus ricarica non è dovuto quando il terzo soggetto abbia già prima della "presentazione" da parte del Presentante fatto richiesta di portabilità a Vodafone. L'assenza di causa dell'attribuzione del Bonus ricarica ne determina la nullità e, ciò tanto, nell'ipotesi in cui la Promozione venga qualificata come contratto da Vodafone e il cliente aderente ai sensi degli artt. 1321 e ss. C.c., quanto nell'ipotesi in cui sia qualificata come promessa unilaterale di Vodafone ai sensi degli artt. 1987 e ss c.c.". Inoltre, l'Operatore eccepisce la richiesta di indennizzo per mancata restituzione del credito in quanto, come espresso anche dal Co.Re.Com. Lazio con la Determinazione 747 del 2.12.2015, il ritardo nella restituzione del credito residuo non configura una fattispecie indennizzabile. Da ultimo parte convenuta precisa che la Delibera 347/18/CONS stabilisce nella misura di euro 2,50/giorno l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo decorsi 45 giorni dall'invio dello stesso e non nell'importo di euro 5,00/giorno come erroneamente indicato dall'utente, fino ad un massimo di euro 300,00.- Sotto il profilo amministrativo e contabile l'utenza è attiva come ricaricabile. Per quanto esposto Vodafone, contestando le affermazioni dell'utente e soprattutto le richieste di indennizzo, storno e rimborso, ha chiesto il rigetto delle domande ex adverso avanzate dall'istante in quanto infondate in fatto e diritto.

SULLE ECCEZIONI PRELIMINARI DELL'OPERATORE. Le eccezioni sollevate dalla convenuta sono inammissibili in quanto mere clausole di stile non avendo parte istante proposto domande nuove rispetto a quanto formulato in sede di conciliazione e richiesto il risarcimento del danno bensì la liquidazione di indennizzi per gli asseriti disservizi. **NEL MERITO.** La richiesta sub 1) volta ad ottenere la restituzione del

credito sottratto è meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni. La controversia verte sulla legittimità della condotta tenuta da Vodafone in occasione dell'iniziativa "Porta i tuoi amici in Vodafone" allorché, previo sms informativo, decurtava all'istante che vi aveva aderito, l'importo delle ricariche omaggio già versate, per l'importo corrispondente alle persone "presentate" e diventate, o in divenire, nuovi clienti Vodafone. Dunque la richiesta di restituzione del credito decurtato sulla SIM dell'istante va analizzata sulla base di quanto previsto dal concorso "Porta i tuoi amici" nonché da quanto disciplinato dall'art. 1, comma 3 della legge n. 40/2007 (cd. Decreto Bersani) il quale prevede il diritto degli utenti a riavere solo il credito residuo acquistato (in caso di recesso o di portabilità presso altro gestore dell'utenza) ma non quello derivante da promozioni, bonus o autoricarica che ha una natura diversa e non può essere monetizzato né trasferito tra diversi operatori ma conversato e qualora venga azzerato restituito tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore. Si dà atto, in breve delle condizioni della promozione in esame, rilevanti nel caso di specie. "I presentanti ricaricabili, durante il periodo di Validità, potranno dare informazione a Vodafone in merito a terzi soggetti da essi conosciuti e intenzionati a diventare nuovi clienti Vodafone con piano individuale ricaricabile (di seguito i "presentati Ricaricabili"); qualora un Presentato Ricaricabile, previa "MNP" verso Vodafone, effettivamente richieda e attivi una qualsiasi offerta tra quelle descritte nei materiali di comunicazioni, il relativo >Presentante avrà il diritto ad un bonus in traffico telefonico (di seguito "Bonus ricarica") del valore di 20 €, nel rispetto delle seguenti condizioni: 1. Il presentante Ricaricabile dovrà comunicare a Vodafone, durante il Periodo di Validità il numero di telefono cellulare di uno o più Presentati Ricaricabili; 2. Il Presentato Ricaricabile dovrà aver effettuato un'Attivazione ricaricabile Valida, entro 15 giorni dalla data della prima presentazione ed effettuato la portabilità del numero di cellulare da altro operatore in Vodafone entro 18 giorni. 3. "Vodafone si riserva il diritto di effettuare verifiche sulle modalità di adesione alla Promozione e, qualora venissero riscontrati comportamenti anomali, di sospendere in tutto o in parte l'erogazione del Bonus ricarica o dello Sconto Canone." A seguito dell'istruttoria è risultata incontestata fra le parti la decurtazione dell'importo/credito sulla sim del ricorrente. L'Operatore a seguito della contestazione di parte ricorrente si è limitata unicamente ad asserire di aver previamente informato l'utente dell'azzeramento delle ricariche per presunte irregolarità emerse nel corso di verifiche - quale la presentazione di soggetti che avevano autonomamente effettuato la richiesta di portabilità - tali da far venir meno il suo diritto a ottenere il bonus in promozione. Tuttavia la motivazione adottata da Vodafone "sulla presentazione dei soggetti presentati dall'istante che avevano autonomamente effettuato una richiesta di portabilità", tale da generare un'irregolarità nella partecipazione del concorso con conseguente decurtazione delle ricariche, risulta generica e non sorretta da alcun elemento probatorio a sostegno di quanto affermato e conseguentemente l'annullamento delle ricariche, tra l'altro a distanza di mesi, risulta privo di giustificazione. A ciò si aggiunge che, come correttamente evidenziato dal ricorrente, Vodafone, in base a quanto previsto nel concorso, poteva procedere all'erogazione dei diversi crediti solo a seguito di una Presentazione Valida (ndr nuovo cliente che sottoscriveva un contratto con Vodafone o eseguiva una portabilità verso un'offerta commerciale idonea) tale da presupporre che l'Operatore avesse di fatto già eseguito una verifica del rispetto delle condizioni di validità previste dal regolamento "Porta i tuoi amici in Vodafone" e non procedere a distanza di mesi dopo l'erogazione del credito al suo annullamento. Ritenuto che parte convenuta, nel corso dell'istruttoria, non ha argomentato e giustificato il criterio adottato per prelevare l'importo di euro 19,99.- a seguito del precedente accredito di euro 20,00.- a titolo di ricarica (cfr. controdeduzioni di parte istante), circostanza non contestata dall'Operatore, si ritiene che l'importo faccia riferimento al solo credito da bonus promozione e pertanto non monetizzabile in questa sede ma solo messo a disposizione dell'istante sulla sim in contestazione se ancora attiva e intestata allo stesso oppure su altra sim, intestata sempre alla ricorrente, e presente nei sistemi operativi di Vodafone. La richiesta sub 2) di indennizzo per mancata risposta al reclamo è accoglibile nei seguenti termini. Agli atti risulta incontestato da Vodafone l'invio del reclamo con pec del 03/12/2017 ed il mancato riscontro allo stesso con conseguente diritto all'utente al riconoscimento del relativo indennizzo ai sensi dell'art. 12, comma 1, del Regolamento sugli indennizzi con i limiti di seguito precisati. Per la determinazione dell'indennizzo, nella fattispecie non si può prescindere dalla valutazione della condotta tenuta dall'utente, rilevante in conformità del canone di diligenza di cui all'art. 1227 codice civile, in forza del quale il creditore è gravato non solo da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno) ma anche da un obbligo positivo (tenere condotte utili e possibili rivolte ad evitare o ridurre il danno), come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 23 marzo 2011 n. 3, richiamata da Consiglio di Stato sentenza 31 ottobre 2012 n. 5556). Il tutto al fine di evitare un ingiustificato arricchimento da situazioni che hanno colpito in modo marginale gli interessi del creditore, tanto da non averlo indotto ad attivarsi a sua tutela in modo adeguato. Sorge quindi la necessità - anche in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP

- di prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti: circostanza che si verificherebbe ove si applicasse l'indennizzo di cui all'articolo 12 del Regolamento sugli indennizzi in maniera acritica e svincolata dalle risultanze del caso concreto. Ai fini della liquidazione dell'indennizzo si ritiene, quindi, necessario ricorrere al principio di equità richiamato dall'art.84 del D.Lg.vo n.259/03 ("Codice delle Comunicazioni Elettroniche") cui deve ispirarsi la risoluzione delle controversie nella presente materia, nonché al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass. n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09). Ciò in considerazione di alcuni fatti salienti e caratterizzanti il rapporto contrattuale intercorso tra le parti in funzione del simmetrico obbligo di correttezza e buona fede nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per i quali si ritiene che il comportamento dell'utente non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede." Tutto quanto premesso si osserva che l'istante ha quantificato l'indennizzo nella soglia massima concedibile di euro 300,00.- individuando quale dies a quo l'invio del reclamo in data 03/12/2017 (tra l'altro senza tenere conto della decurtazione del termine di 45 giorni) e il dies ad quem nella data dell'udienza di conciliazione del 28/03/2019 (prima occasione utile per avere un confronto con l'operatore); tuttavia è necessario evidenziare che il ricorrente in assenza di un riscontro di Vodafone entro i 45 fissati dalla Carta Servizi ha attivato la procedura di conciliazione a distanza di un anno. Siffatta circostanza ha irragionevolmente dilatato i tempi per la quantificazione dell'indennizzo da mancata risposta al reclamo. Per tutti i motivi sopra esposti, si ritiene, pertanto, equo e proporzionale in ragione anche dell'importo oggetto di contestazione, riconoscere l'indennizzo nell'importo di euro 50,00.- (cinquanta/zero). La richiesta formulata sub 3) viene rigettata in quanto la Carta del Cliente Vodafone citata dall'istante prevede esclusivamente l'indennizzo per le somme derivanti da "... restituzione di anticipi conversazione o rate di canone e indennizzi". Dunque, il ritardo nella restituzione del credito da parte di Vodafone non configura una fattispecie indennizzabile né per la Carta dei servizi Vodafone né tanto meno viene riconosciuta dall'Agcom a livello di indennizzo regolamentare. Parimenti non accoglibile è la richiesta sub 4) non avendo l'istante, a livello probatorio e fiscale, giustificato la richiesta delle spese della suddetta procedura che tra l'altro si svolge interamente sulla piattaforma telematicamente e in maniera del tutto gratuita.

DETERMINA

- Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu), in parziale accoglimento dell'istanza del 02/04/2019, è tenuta a -mettere a disposizione dell'istante l'importo di euro 19,99.- (diciannove/novantanove) sulla sim in contestazione intestata alla ricorrente se ancora attiva e in difetto su altra sim intestata all'istante e presente sui sistemi Vodafone, oltre agli interessi legali dalla data dell'istanza al saldo; - al pagamento dell'importo di euro 50,00.- (cinquanta/00), oltre agli interessi legali dalla data dell'istanza al saldo, a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo ai sensi dell'art. 12, co. 1, del Regolamento sugli indennizzi;

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
Roberta Sartor