

## DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

G. ITALIANI/ WIND / VODAFONE

(LAZIO/D/44/2014)

**Registro Corecom n. 29/2015**

### 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 del 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 sig. G. Italiani presentata in data 15 gennaio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue

#### 1 La posizione dell'istante

Il Sig. G. Italiani, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento deducendo di essere titolare da molti anni dell’utenza privata n. 0773\*\*\*\* relativa a servizi di telefonia fissa; nel mese di Marzo 2013, il figlio D. veniva contattato telefonicamente da Vodafone, sull’utenza intestata al padre, per una proposta di migrazione; nel successivo mese di Aprile, Vodafone richiama sulla predetta utenza per avere conferma, dal titolare dell’utenza, della volontà di migrare, ma il Signor G. Italiani negava il consenso alla migrazione.

VODAFONE provvedeva ugualmente all'attivazione del contratto intestando l'utenza a D. Italiani.

Wind addebitava conseguentemente i costi per la cessazione anticipata del contratto e per la vendita dell'apparato, che l'utente contestava; i reclami dell'utente a Vodafone non ottenevano risposta.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

Al gestore Vodafone:

- 1) la dimostrazione di aver prestato il consenso al subentro della linea in favore del figlio D.;
- 2) prova del contratto di migrazione stipulato telefonicamente dall'Istante;
- 3) Indennizzo per la migrazione effettuata senza consenso;
- 4) indennizzo per la perdita della numerazione dovuta a subentro non autorizzato;
- 5) indennizzo per mancata risposta al reclamo.

Al gestore WIND:

La restituzione delle somme pagate per estinzione anticipata del contratto.

## **2. La posizione di Wind.**

Con la propria memoria difensiva Wind depositava documentazione tecnica attestante di avere diligentemente espletato, in data 9.4.2013, la procedura di migrazione richiesta del gestore Vodafone.

All'udienza di discussione del 28.03.2014 l'utente e Wind hanno raggiunto un accordo transattivo, con conseguente rinuncia da parte dell'utente a proseguire le azioni già intraprese nei confronti di Wind.

## **3. La posizione di Vodafone**

Il gestore Vodafone respinge ogni addebito, richiede l'inammissibilità delle richieste dell'Istante in quanto risarcitorie e generiche in quanto mancherebbe uno specifico richiamo ad una norma del contratto e/o della carta dei servizi e/o delle delibere AGCOM così come previsto dalla Del. 173/CONS.

Nel merito, contesta parimenti le richieste avanzate dall'Istante sostenendo di aver regolarmente ricevuto formale consenso dal Sig. D. Italiani in merito all'attivazione dei servizi di telefonia fissa sull'utenza n. 0773\*\*\* e di aver, pertanto, attivato, il giorno 8 aprile 2013, detti servizi.

Assume, inoltre, che i servizi regolarmente attivati e richiesti sono stati usufruiti dall'utente per soli trenta giorni, essendo la numerazione rientrata in Wind in data 8.5.2013 a seguito di richiesta dell'utente.

#### **4. Motivi della decisione**

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

##### **4.1 Sulla migrazione non richiesta dei servizi voce e Adsl.**

In base ai principi generali sull'onere della prova, infatti, 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 più recentemente 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.

Nel caso di specie, in base alla consolidata giurisprudenza di questa Autorità, a fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'Operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto. La fattispecie rientra nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'Art. 50 e seguenti del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n.664/06/CONS con specifico riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione. In particolare si tratta di accertare, attesa la contestazione dell'utente, se la dinamica di prospettazione dell'offerta, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi conseguenti, abbia o meno integrato i requisiti richiesti dalla normativa sopra citata a tutela del contraente debole, in quanto il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (Artt.52 e 53 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine stabilito (Art.64).

Tali regole di protezione tengono conto della peculiarità dello strumento negoziale in esame che si caratterizza per la carenza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore rispetto alla controparte soprattutto per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la

“distanza” lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo.

Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico del professionista, ovvero: le informazioni relative al negozio stipulando, da fornire “prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza” (Art.52); l'obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto duraturo, di tutte le informazioni rese ai sensi dell'Art. 52 “prima o al momento dell'esecuzione del contratto” (Art.53); il diritto del consumatore di recedere senza penalità e senza obbligo di motivazione entro dieci giorni lavorativi, decorrenti dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi di cui all'Art.52 “qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto...” (Art.64, co.1 e Art. 65, co. 2, lett.b).

Sulla scorta della normativa generale, la Delibera 664/06/CONS ha imposto vincoli ancora più stringenti alla condotta dell'operatore di TLC che adotti la tecnica “a distanza” per la stipula dei contratti di telefonia; ciò in considerazione di un ambito caratterizzato da costante evoluzione tecnologica e concorrenzialità del mercato, dove le capacità di orientamento e valutazione del consumatore sono oltremodo sollecitate e si postula l'esigenza di configurare uno *jus poenitendi* rafforzato e di agevole esercizio, soprattutto quando la proposta sia telefonica. Assume rilievo, allora, il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'Art. 2 (Conclusione dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica) che stabilisce, in linea generale, che la volontà inequivoca dell'utente di concludere il contratto deve risultare da un modulo, ovvero altro documento contrattuale anche elettronico, con la specificazione che nel caso venga utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi sul contratto stipulando ed il consenso informato dell'utente, “*possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, sempre che l'operatore abbia adempiuto anche agli oneri di cui al comma seguente*”; ciò deve avvenire, ai sensi del successivo comma 6, mediante l'invio di un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni di cui all'Art.53, comma 1, del Codice del Consumo (condizioni e modalità di esercizio del diritto di recesso, recapiti del gestore per i reclami, servizi di assistenza e garanzie) nonché delle informazioni di cui all'Art.52, quelle cioè relative al contratto concluso (caratteristiche essenziali del servizio, prezzo, esistenza del diritto di recesso, durata e validità dell'offerta e del prezzo ecc.). In alternativa al modulo di conferma, l'Operatore può redigere un vero e proprio contratto in base alle informazioni risultanti dal vocal order, ed inviarlo all'utente per la sottoscrizione “*al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto*” (comma 7).

Lo spirito della disposizione normativa è finalizzato a rafforzare il diritto del consumatore ad avere piena consapevolezza circa le proposte commerciali alle quali ha precedentemente aderito per telefono, mediante presa visione di un documento scritto, al

fine di verificare la rispondenza delle condizioni all'offerta prospettata alla propria volontà e di poterci ripensare.

Nel caso di specie, l'Operatore ha omesso di adempiere a tutti gli obblighi imposti dalla normativa derivanti dalla conclusione del contratto a distanza proposto all'utente.

Infatti, pur onerato in tal senso dalla nota di avvio del procedimento, Vodafone ha completamente omesso di produrre la prova dell'acquisizione del consenso informato del titolare dell'utenza (G. Italiani) o quella del figlio (D. Italiani) mediante deposito della relativa registrazione integrale della conversazione telefonica, dal cui ascolto soltanto è possibile valutare se la migrazione poi effettivamente espletata il 9.4.2013 avesse o meno un valido titolo contrattuale e se fosse assistita da un consenso validamente prestato.

Nè può essere invocato il principio dell'apparenza del diritto, poiché la buona fede di Vodafone è da escludersi in mancanza di ulteriori elementi neppure prospettati dall'operatore, che non si è curata di acquisire il consenso del titolare dell'utenza, sig. G. Italiani, accontentandosi di quello prestato dal di lui figlio, sig. D. Italiani, non facente parte del medesimo nucleo familiare come dichiarato dall'istante. Ed infatti il principio dell'apparenza del diritto può invocarsi solo in presenza di elementi obiettivi atti a giustificare l'opinione del terzo, elementi che Vodafone non ha neppure allegato, limitandosi a dedurre di avere proceduto con la migrazione a seguito di richiesta del sig. D. Italiani del 13.3.2013.

Deve perciò ritenersi la responsabilità di Vodafone per la migrazione non richiesta dei servizi voce e adsl, con conseguente diritto dell'utente all'indennizzo previsto dall'art. 8, comma 1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS del 9.4.2013 (data dell'espletamento della migrazione non richiesta) al 8.5.2013 (data del rientro in Wind, non contestata dall'utente), per complessivi Euro 290,00 per entrambi i servizi voce e adsl indebitamente migrati.

#### **4. 2 Sull'indennizzo per la perdita della numerazione.**

Deve invece essere rigettata la domanda di pagamento di un indennizzo per asserita perdita della numerazione, posto, da un lato, che la stessa numerazione, benchè intestata a diverso soggetto (D. Italiani) dall'effettivo titolare (G. Italiani) a seguito della migrazione non richiesta, è tuttavia rimasta asservita al medesimo immobile sicchè l'istante ha potuto continuare a fruirne; d'altro lato, che la stessa numerazione è rientrata in Wind dopo appena 30 giorni, a seguito di reclamo scritto dell'utente del 15.4.2013, come dedotto da Vodafone e non contestato dall'utente.

#### **4.3 Sull'indennizzo per la mancata risposta ai reclami.**

L'utente ha lamentato la mancata risposta al reclamo del 15.4.2013 che l'utente ha inviato a Vodafone nonché, per conoscenza, anche a Wind.

Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato

nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

La domanda di pagamento di un indennizzo deve tuttavia essere rigettata, in quanto l'obbligo di risposta scritta posto a carico degli operatori telefonici dalla normativa regolamentare sopra richiamata sussiste solo in caso di rigetto del reclamo e non anche quando, come nel caso di specie, l'operatore accolga, per comportamento concludente, le richieste dell'utente: Vodafone ha infatti dedotto che, su richiesta dell'utente, la linea è rientrata in Wind a far data dal 8.5.2013, così accogliendo esattamente e tempestivamente quanto richiesto dall'utente con il predetto reclamo scritto del 15.4.2013.

#### **5. Sul rimborso delle spese per la procedura.**

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, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *“del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”*.

Nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni e le difese svolte da entrambe le parti, si ritiene congruo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 100,00 quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura.

#### **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 di G. ITALIANI 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 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

i. euro 290,00= (duecento novanta/00=), a titolo di indennizzo ex art. 8, comma 1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

**3.** 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.

**4.** 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.

**5.** È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

**6.** 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 sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

Roma, lì 12/05/2015

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto