

DETERMINAFascicolo n. GU14/141316/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA****XXXXXXXX****S. - 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 S. , del 26/06/2019 acquisita con protocollo n. 0279950 del 26/06/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante L’istante, il Sig. S. XXXXXXXX, cliente Vodafone con codice n°1.10303273, esprimeva di aver provveduto, dopo che in data 14 luglio 2018 gli veniva proposto un abbonamento in promozione, a dare avvio alla registrazione relativa. Il giorno dopo, l’istante riceveva un link dall’operatore che lo riportava alla registrazione del giorno precedente e, ascoltandola, si rendeva conto che qualcosa non andava e decideva di contattare immediatamente Vodafone che gli faceva registrare il recesso dall’offerta.

Dopo circa un mese, al Sig. XXXXXXXX veniva recapitato un pacco contenente il modem della Vodafone; contattato nuovamente l'operatore, gli veniva risposto che oramai la procedura di attivazione (portabilità) era stata avviata e così gli veniva richiesto di procedere ad un'ulteriore registrazione di recesso. Nel frattempo, Vodafone provvedeva a staccare l'istante dal precedente operatore: Fastweb, al quale il Sig. XXXXXXXX corrispondeva le spese di disattivazione. Vodafone assicurava l'istante che avrebbe inviato le istruzioni per la restituzione del modem che lo stesso non avrebbe mai neanche aperto dalla sua custodia e pertanto mai collegato. Il Sig. XXXXXXXX intanto, riattivava la sua linea internet con Fastweb, ma successivamente, gli veniva addebitato sul conto corrente l'importo di € 52,24 da parte di Vodafone e così l'istante si vedeva costretto a richiedere alla sua banca di bloccare ogni eventuale ed ulteriore pagamento a favore della Vodafone. Dopo qualche giorno, l'operatore inviava all'istante la fattura relativa al pagamento dell'importo di cui sopra, inerente il periodo dal 17.7.2018 al 22.12.2018. In data 2.5.2019, si concludeva il procedimento per l'esperimento del tentativo di conciliazione e si dava atto che nessun accordo risultava possibile. L'utente chiedeva quindi: "...di non pagare le fatture emesse per un totale di Euro 139,86 in quanto mi è stato attivato un servizio con l'inganno ed anche perché per lo stesso servizio ho chiesto il recesso 2 giorni dopo. Chiedo inoltre che la linea telefonica interessata sia cessata definitivamente senza costi da parte mia, sia per l'attivazione che per la disattivazione, visto che il disagio è stato creato da Vodafone senza il mio consenso. Chiedo infine di conoscere le modalità di restituzione del loro modem (ancora incartato nel cellophane originale)". La quantificazione dei rimborsi o indennizzi, come richiesta dall'utente ammontava ad € 139,86.

2. La posizione dell'operatore Si costituiva la Vodafone Italia S.p.a., eccependo che in data 8.6.2018, veniva attivato il link adsl, in data 24.7.2018 veniva gestita la richiesta di recesso per il link 7164756 ed in data 21.5.2019 Vodafone provvedeva a disattivare il link 5083483, come richiesto dall'istante. Stando a quanto assunto dall'operatore, l'istante non avrebbe fatto riferimento ad alcuna norma del Contratto, della Carta dei servizi e delle delibere AGCOM, nonché, non avrebbe prodotto prove a sostegno della propria tesi. L'operatore concludeva, precisando che "l'utente è attualmente disattivo e risulta essere tuttora presente un insoluto di euro 241,10".

Motivazione della decisione Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di procedibilità ed ammissibilità previsti dall'art.14 del Regolamento ed è pertanto proponibile. Nel merito, l'istanza può essere accolta, nei termini seguenti. L'istante contesta l'attivazione da parte dell'operatore di servizi non richiesti ed infatti, ricevuto un link dall'operatore che lo riportava alla registrazione del giorno precedente con il quale aveva accettato una proposta promozionale, si avvedeva che qualcosa non andava e decideva di contattare immediatamente Vodafone per la registrazione del recesso dall'offerta. Ciò nonostante, dopo circa un mese, al Sig. XXXXXXXX veniva recapitato un pacco contenente il modem della Vodafone che lo stesso non avrebbe mai richiesto, mai estratto dalla sua custodia e conseguentemente mai collegato od utilizzato in alcun modo. Come se non bastasse, l'operatore provvedeva ad addebitare sul conto corrente dell'utente, l'importo di € 52,24 e pertanto lo stesso, si vedeva costretto a richiedere alla sua banca di bloccare ogni eventuale ed ulteriore pagamento a favore della Vodafone. Dopo qualche giorno, veniva poi emessa la fattura relativa al pagamento dell'importo di cui sopra, inerente il periodo dal 17.7.2018 al 22.12.2018, alla quale poi, ne susseguivano altre: una fattura sempre per € 52,24, inerente il periodo dal 23.12.18 al 22.2.19, una fattura per € 35,38, inerente il periodo dal 23.2.19 al 22.4.19 ed una fattura per € 101,24, per il periodo dal 23.4.19 al 8.6.19, comprensiva delle spese di recesso e disattivazione a seguito del mancato pagamento. Orbene, il Corecom Calabria con la Delibera n.27/11, in materia di contratti per adesione conclusi a distanza, stabilisce che "...la normativa vigente impone precisi obblighi informativi a carico dell'operatore e riveste inoltre fondamentale importanza il rispetto dei principi di trasparenza, lealtà e buona fede contrattuale, specie quando l'utente cui devono essere fornite le informazioni è in età avanzata e quindi deve essere ritenuto un consumatore particolarmente vulnerabile. In ogni caso, la normativa di settore prevede la facoltà di esercitare il diritto di ripensamento, entro i termini di legge, decorrenti dal giorno dell'accordo o dal giorno in cui sono stati compiutamente soddisfatti tutti gli obblighi informativi nei riguardi degli utenti (con invio del modulo di conferma del contratto). Può inoltre essere invocata la maggior tutela riconosciuta dal codice del consumo per la decorrenza del diritto di recesso (90 giorni dalla conclusione del contratto), specie a causa del difetto di chiarezza delle condizioni contrattuali prospettate dall'operatore". Nel caso de quo, la condotta posta in essere dall'operatore non sembra aver, in nessun modo, ottemperato al proprio obbligo informativo e di rispetto dei principi di trasparenza, lealtà e buona fede nei confronti dell'utente, il quale, in ogni caso, in data 16.7.18, vale a dire ben due giorni dopo la registrazione operata a mezzo Call Center Vodafone,

ha immediatamente denunciato le sue perplessità in ordine alla pregressa registrazione ed avviato quanto necessario per recedere dal contratto, dichiarazione di recesso che, non andata a buon fine la prima, veniva successivamente reiterata su espressa richiesta di Vodafone. Nonostante detta circostanza, l'operatore non solo, ha continuato ad emettere fatture, dimostrando di non aver provveduto al perfezionamento della richiesta di rescissione del contratto operata dall'utente in data 16.7.18, ma ha anche provveduto a far recapitare il modem presso l'abitazione dell'utente stesso, nonché a sollecitare, in data 30.6.19, il pagamento dell'insoluto a mezzo società di recupero crediti, appunto la Parr Credit. Il Corecom Calabria, a tale proposito, con la Delibera n.10/12, evidenzia che "nel caso in cui l'operatore disattenda la volontà di recesso manifestata dall'utente, si verifica una violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/2007, che riconosce all'utente il diritto di recedere, in ogni tempo, dal contratto e di scegliere liberamente altri operatori presenti sul mercato". Ancora, Agcom con la Delibera n.103/10/CIR, ad integrazione e completamento di quanto sopra, prevede inoltre che "devono essere considerate illegittime le fatture emesse dall'operatore successivamente al recesso regolarmente esercitato dall'utente, il quale ha pertanto diritto alla regolarizzazione della propria posizione contabile". Conformi: Agcom Delibera n.140/10/CIR, Agcom Delibera n.137/10/CIR. Quindi, nel caso di ritardata lavorazione del recesso comunicato dall'utente, deve essere comunque dichiarato il diritto dell'utente al rimborso/storno degli importi addebitati in un periodo successivo a quello di efficacia del recesso stesso, in osservanza al disposto della legge n.40/2007, che all'articolo 1, comma 3, statuisce: "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore". Conformi: Agcom Delibera n.24/11/CIR, Agcom Delibera n.75/11/CIR, Agcom Delibera n.152/11/CIR, Agcom Delibera n.32/12/CIR, Agcom Delibera n.43/12/CIR, Agcom Delibera n. 104/12/CIR. In considerazione di quanto sopra, le fatture emesse dall'operatore successivamente al recesso esercitato dall'utente in data 16.7.18 ed alla conseguente disattivazione del servizio, devono essere considerate illegittime, non risultando fondata qualsivoglia pretesa creditoria vantata dall'operatore successivamente alla disdetta contrattuale. (Agcom Delibera n. 107/12/CIR). Nulla pertanto è dovuto dall'utente all'operatore per quanto attiene le fatture dallo stesso emesse successivamente alla data del 16.7.18, data di dichiarazione di recesso da parte dell'utente e così, l'utente avrà diritto al rimborso per complessivi € 139,86, costituiti appunto, dalla somma dei seguenti importi: € 52,24 (periodo 17.7.18-22.12.18), € 52,24 (periodo 23.12.18-22.2.19) ed € 35,38 (periodo 23.2.19-22.4.19). Nulla poi, deve essere preteso dall'operatore riguardo alla fattura emessa da Vodafone per Euro 101,24, (periodo 23.4.19-8.6.19), sia per i motivi sopra evidenziati ai quali ci si riporta integralmente, sia dal momento che nella stessa vengono addebitati altresì, i costi di recesso per € 42,62, nonché gli ulteriori oneri e penali al recesso de quo collegati ed indicati in fattura dall'operatore "add. disattivazione mancato pagamento", oltre Iva e spese di spedizione. Ed infatti, il prevalente orientamento è uniforme nel ritenere che la penale non è comunque dovuta nel caso in cui l'utente, a prescindere dal comportamento dell'operatore, decida di avvalersi spontaneamente della facoltà di utilizzare il proprio diritto di recesso; così, il Corecom di Trento, nella Delibera n.8/12 evidenzia che, "A fronte dell'esercizio della facoltà di recesso da parte dell'utente, gli unici importi che possono essere posti a carico dell'utente stesso sono quelli giustificati da costi effettivi sostenuti dagli operatori, ovvero le spese di cui sia dimostrabile e dimostrato un pertinente e correlato costo sopportato per procedere alla disattivazione, in base all'articolo 1 della legge n. 40/2007". Dello stesso orientamento anche la Delibera del Corecom Umbria n.5/11 che stabilisce che: "La vigente normativa (articolo 1, comma 3 della legge n. 40/2007) legittima il gestore a richiedere al consumatore la corresponsione dei soli costi sostenuti per il recesso anticipato dal contratto. Pertanto, in presenza di una contestazione dell'utente circa gli importi a tale titolo addebitati, l'operatore avrebbe dovuto dimostrare l'equivalenza degli importi fatturati a titolo di recesso anticipato ai costi effettivamente sostenuti per la gestione della procedura di disattivazione. Al riguardo si deve evidenziare che poiché in via generale le attività di disattivazione della configurazione preesistente coincidono con le attività tecniche da effettuarsi in fase di attivazione dell'operatore che acquisisce il cliente, attività che sono già remunerate da quest'ultimo, eventuali costi di disattivazione posti a carico dell'utente, in assenza di prova contraria, sono del tutto ingiustificati con esclusione dei soli costi di gestione della pratica. In mancanza di tale prova, deve essere accolta la richiesta avanzata dall'utente di rimborso degli importi addebitati a titolo di penale". Nel caso in oggetto pertanto, considerato che l'operatore, oltre che richiedere degli importi che sarebbero maturati successivamente alla richiesta di recesso del contratto da parte dell'utente, non ha provveduto a dimostrare l'equivalenza degli importi fatturati a titolo di recesso anticipato ai costi effettivamente sostenuti per la gestione della procedura di disattivazione e pertanto, nessuna penale è dovuta da parte dell'utente e conseguentemente, l'operatore non ha diritto a richiedere il pagamento di € 101,24.

L'Agcom inoltre, nelle linee guida adottate dalla direzione tutela dei consumatori, relative all'interpretazione dell'articolo 1, primo e terzo comma, del D.l. n.7/2007, convertito in legge n. 40/2007, pubblicate in data 28 giugno 2007, ha individuato il criterio per la determinazione dei costi addebitabili agli utenti che recedono da un contratto concluso con il gestore prima della naturale scadenza contrattuale, con riguardo alle sole spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo affrontato dagli operatori per procedere alla disattivazione, secondo un concetto di pertinenza del costo oggettivo ed imparziale nel rapporto di causalità/strumentalità dei costi/ricavi. Premesso ciò, secondo l'Agcom, "possono ritenersi recuperabili dall'operatore le sole "spese/costi" che lo stesso dimostra di aver sostenuto per la disattivazione dell'impianto e non anche quelli che ha dovuto affrontare in occasione della sua installazione (id est, all'inizio del rapporto contrattuale). In altri termini, l'articolo 1, comma 3 della legge n. 40/07 ha inteso offrire all'utente la possibilità di recedere liberamente ed in ogni momento dal rapporto, ma tale intento non sarebbe raggiungibile se si lasciasse la possibilità all'operatore di far pagare al cliente somme che non hanno alcuna attinenza con i costi di recesso. In definitiva l'Autorità ritiene di applicare correttamente l'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/07 limitando le "spese" recuperabili a carico dell'utente ai soli "costi" sostenuti dall'operatore nella fase terminale del rapporto e strettamente funzionali alla sua estinzione" (cfr. delibera Agcom n. 232/10/CONS). Pertanto, in difetto di prova, il cui onere incombe sull'operatore, sull'entità delle spese "per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo affrontato dagli operatori per procedere alla disattivazione", deve essere disposto lo storno integrale della fattura contestata". Conformi: Corecom Lazio Delibera n. 42/11. Tutto quanto sopra considerato, il complessivo importo di € 101,24, come richiesto dall'operatore, deve essere ritenuto come non dovuto dall'utente. Altro discorso poi, deve essere affrontato per quanto concerne l'attivazione di un servizio non richiesto, dal momento che all'utente, nonostante la chiara volontà di recedere dal contratto e rispetto alla quale l'operatore in atti non ha fornito alcuna prova contraria, veniva recapitato il modem, mai dal medesimo richiesto e mai dal medesimo utilizzato. Peraltro, a dire dell'utente, lo stesso sollecitava l'operatore a fornire le indicazioni necessarie per la restituzione dell'apparecchio de quo, ma senza ottenere riscontro alcuno. In tema di attivazione dei servizi non richiesti, il quadro normativo di riferimento unitamente ai principi di certezza giuridica ed affidamento contrattuale, sono chiari nel prescrivere al gestore telefonico la salvaguardia dell'effettiva conclusione del contratto mediante l'acquisizione del consenso informato, espresso e consapevole dell'utente; in assenza di tale consenso "volontario e consapevole", nessun corrispettivo è dovuto dall'utente che pertanto avrà il diritto di ottenere il rimborso di ciò che è stato pagato sine titulo (Delibere Agcom n°179/03, 664/06, Codice delle Comunicazioni Elettroniche art.70, Codice del Consumo art.57). Orbene, il gestore non avrebbe fornito prova alcuna circa l'esistenza di una valida richiesta all'attivazione dei servizi, ma solamente mere argomentazioni, omettendo altresì di produrre documentazione atta a dimostrare l'accettazione da parte dell'utente del modem e l'asserita utilizzazione dello stesso. La prova di aver ricevuto il consenso favorevole da parte dell'utente spetta pertanto all'operatore, dal momento che il contratto di utenza telefonica rientra nella categoria giuridica del contratto di somministrazione e va inquadrato nei contratti di adesione di stampo privatistico, in quanto tali, soggetti al regime contrattuale di diritto comune ed alle regole di adempimento e di prestazione secondo buona fede (Corte Costituzionale n°4/98). A fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida richiesta di attivazione di un servizio, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva dell'avvenuto, espresso consenso a conclusione del contratto ed in difetto di tale prova deve affermarsi l'esclusiva responsabilità per indebita attivazione di un servizio non richiesto (Corecom Lazio delibere n°51/2010 e n°92/13). Quanto sopra trova specifica conferma con la riforma del Codice del Consumo, entrata in vigore nel giugno 2014 che conferma espressamente che è sul fornitore del servizio che grava l'onere della prova riguardante l'adempimento degli obblighi di informazione del consumatore e la prestazione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto (Art.49 e 67 vices del D.Lg. n°206/05). L'operatore, innanzi alla contestazione sollevata dall'utente circa il suo mancato utilizzo del modem in contestazione, come già sopra evidenziato, non ha provveduto a depositare la documentazione atta a dimostrare l'effettivo utilizzo, presuntamente effettuato dall'utente di detto servizio. Da ciò deriva la responsabilità della Vodafone per indebita attivazione di servizi non richiesti ed il diritto all'indennizzo a favore dell'utente, anche in base a quanto prescritto dall'art.9 dell'allegato A alla delibera indennizzi n.347/18/CONS: "Indennizzo per attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti .1.Nelle ipotesi di attivazione dei servizi non richiesti, fatto salvo il diritto degli utenti di non pagare alcun corrispettivo per tali servizi o di ottenere lo storno o il ricalcolo degli addebiti fatturati, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo pari ad Euro 5 per ogni giorno di attivazione. 2.Nei casi di servizi accessori o di profili tariffari non richiesti, l'indennizzo è applicato in misura pari a Euro 2,50 per ogni giorno di attivazione. Nel caso di fornitura non richiesta di apparecchiature terminali o di Sim si applica un indennizzo forfettario di Euro 25,00 per ogni apparecchiatura o

Sim". Nel caso de quo pertanto, l'indennizzo a favore dell'utente sarà pari ad € 25,00 per l'apparecchio modem, rispetto al quale l'operatore non ha mai prodotto i files di registrazione telefonica ove si evince il consenso dell'utente all'acquisizione dello stesso, nonché la documentazione atta a dimostrare l'avvenuto, presunto, effettivo utilizzo da parte dell'utente del servizio non richiesto e così l'operatore dovrà rifondere, a titolo di indennizzo, per i servizi non richiesti, l'importo di € 25,00. In relazione alle spese della procedura, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, nonché il valore della controversia, si ritiene congruo liquidare l'importo di € 50,00 a titolo di rimborso spese.

DETERMINA

- Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu), in accoglimento dell'istanza del 26/06/2019, è tenuta a rimborsare all'istante l'importo di € 139,86, corrispondente agli importi di cui alle fatture emesse dall'operatore successivamente alla dichiarazione di rescissione del contratto da parte dell'utente avvenuta in data 16.7.18 (€ 52,24 per il periodo 17.7.18-22.12.18, € 52,24 per il periodo 23.12.18-22.2.19 ed € 35,38 per il periodo 23.2.19-22.4.19), oltre ad € 25,00 per l'indebita attivazione di apparecchiature terminali non richieste, nello specifico, con la consegna presso il domicilio dell'utente di apparecchio modem, nonché a corrispondere a favore dello stesso l'importo di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese della procedura. 2. La Soc. Vodafone Italia S.p.a. è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente Determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa.

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