

DETERMINA Fascicolo n. GU14/150107/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Mxxx****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 Mxxx S., del 16/07/2019 acquisita con protocollo n. 0312556 del 16/07/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Posizione dell’istante. Con istanza del 16/07/2019, contro Vodafone Italia spa, l’istante lamenta di aver subito in data 23/05/2017, un addebito di €10,00 per attivazione di un servizio digitale accessorio non richiesto denominato Tapfan. Pertanto, su questo assunto, richiede : 1) Rimborsio di €10,00. 2) Indennizzi per mancato

riscontro al reclamo. 3) Indennizzi per l'attivazione di servizi accessori non richiesti. 4) Indennizzi per spese di procedura.

2. Posizione dell'operatore. L'Operatore Vodafone, ritualmente costituitosi nel procedimento a mezzo memoriadifensiva di parte, rileva preliminarmente l'inammissibilità e l'improcedibilità di eventuali richieste formulate in GU14 che non siano coincidenti con quelle avanzate nell'istanza di conciliazione. Evidenzia la carenza di prove a sostegno della tesi dell'utente nonché la genericità delle sue affermazioni. Difatti l'utente si riferisce ad una somma di euro 10,00 che sarebbe stata indebitamente prelevata da Vodafone. Ne consegue l'inadempimento dell'onere probatorio e di allegazione da parte del ricorrente che viola il diritto di difesa del gestore. Dichiaro inoltre che i servizi digitali ovvero in sovrapprezzo vengono forniti da soggetti terzi e prevedono l'erogazione di contenuti a cui per accedere, l'utente deve sempre effettuare esplicita richiesta tramite sms o chiamata al numero telefonico del servizio stesso. Pertanto, contesta la richiesta di rimborso e indennizzo confermando l'assenza di responsabilità per l'erogazione di tali servizi. Rappresenta, infine, la possibilità per gli utenti di attivare autonomamente o in collaborazione con il servizio clienti il cosiddetto "barring" al fine di impedire l'attivazione dei servizi de quibus. E alla richiesta di indennizzo di € 500,00 eccepisce secondo quanto stabilito dalla delibera 203/18/CONS art. 20, comma 4. Ne consegue inammissibilità di ogni richiesta risarcitoria del danno e delle richieste avanzate a titolo di indennizzo, storno e rimborso affermando che manca una qualsiasi imputazione ad una specifica norma del Contratto, della carta dei servizi nonché delle delibere Agcom come richiesto dalla suddetta Delibera.
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. L'eccezione di inammissibilità del gestore non può essere accolta sia perché il ricorrente corregge tempestivamente l'errore materiale relativo al nominativo sia in quanto l'operatore fornisce una schermata anagrafica dell'utenza in questione, senza provare che la stessa appartenga ad un soggetto diverso dal ricorrente. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, l'istanza formulata dalla parte istante può essere accolta parzialmente per i seguenti motivi. L'istante assume l'addebito di un servizio a pagamento non richiesto e la mancata risposta al reclamo. In base ai principi generali sull'onere della prova 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 da ultimo Cass. II 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. In base a tale criterio interpretativo del riparto probatorio, chi contesta la legittimità di un addebito deve quantomeno dare evidenza documentale di ciò che afferma. Nel merito l'istanza risulta totalmente scarna e non sufficientemente circostanziata da elementi probatori utili all'istruzione. L'istante non allega alcuna documentazione a supporto dei propri assunti. Non allega alcuna prova che attesti l'asserito illegittimo addebito. L'assenza di documentazione non consentirebbe, pertanto, di conferire certezza all'inadempimento del gestore che l'utente invoca e per il quale richiede il rimborso e l'indennizzo. L'utente chiede, pure, l'indennizzo per mancata risposta al reclamo del 13.6.2017. 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 di 45 giorni, secondo CGC del gestore, dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. Il mancato integrale riscontro, pertanto, integra un'ipotesi di rigetto che esige una risposta al reclamo 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.

L'operatore, pertanto, avrebbe dovuto dare riscontro al reclamo. Per questa omissione spetta, all'istante l'indennizzo ai sensi dell'art. 12, commi 1, dell'Allegato A, Delibera 73/11/Cons. Si deve precisare che il dies a quo per il conteggio è dato dalla data del reclamo, ossia dal 13.6.2017, cui deve però essere aggiunto l'intervallo di 45 giorni ex Carta Servizi VODAFONE e che la normativa prevede come tempo di risposta; invece, il dies ad quem deve individuarsi nella data del

18.4.2019 (data dell'udienza di conciliazione e quindi prima occasione di confronto tra le parti sull'oggetto del reclamo). Va dunque accolta la richiesta di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, quantificabile nella misura edittale massima di € 300,00, prevista dall'art. 12 Allegato A della delibera n.374/18/CONS che prevede : "L'operatore , se non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità , è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad euro 2,50 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di euro 300,00. L'indennizzo di cui al comma 1 è computato in misura unitaria indipendentemente dal numero di utenze interessate o anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio".

DETERMINA

- Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu), in parziale accoglimento dell'istanza del 16/07/2019, è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di € 300,00 a norma dell'articolo 12 del nuovo Regolamento indennizzi (allegato A alla delibera n. 347/18/CONS) .

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