

DELIBERA N.50/ 15

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXXX COLANGELO/VODAFONE OMNITEL B.V.
(RIF. PROC. GU14 N° 176/15)

IL CORECOM DELLA REGIONE ABRUZZO

Nella riunione del 17 dicembre 2015 si è riunito, così costituito:

		Pres.	Ass.
Presidente	Filippo Lucci	X	
Componenti	Michela Ridolfi	X	
	Ottaviano Gentile	X	

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*”;

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 sottoscritto tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Presidente della Giunta regionale ed il Comitato regionale per le comunicazioni dell’Abruzzo in data 01 aprile 2011;

VISTA la delibera AGCOM 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 AGCOM n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP “*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 664/06/CONS del 23 novembre 2006 “Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell’utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza”;

VISTA l’istanza della Sig.ra xxxx Colangelo, presentata in data 07/07/2015 ed acquisita in pari data al prot. n° 14832 nei confronti dell’operatore Vodafone Omnitel B.V.;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante lamenta asseriti illegittimi addebiti in fatture emesse da Vodafone relativi a due iphone mai ricevuti e al traffico roaming, precisando quanto segue:

- 1) di aver sottoscritto un contratto con l’operatore convenuto nel febbraio 2013 che prevedeva anche l’acquisto di due iphone 5 senza schede Sim che tuttavia non li ha mai avuti in consegna;
- 2) con l’arrivo della prima fattura a ottobre 2013 si rendeva conto che le erano state comunque addebitate le rate relative all’acquisto dei due cellulari, nonostante non li avesse ricevuti. Pertanto, contattava l’operatore per avere notizie sulla presunta consegna degli iphone. A seguito delle indicazioni avute dal servizio clienti, si recava presso le sedi dei vettori dove erano stati consegnati i cellulari e veniva a scoprire che gli stessi erano stati ritirati da ignoti e che le firme apposte sui verbali di avvenuta consegna non appartenevano all’istante;
- 3) in data 28/11/2013 la Sig.ra Colangelo sporgeva denuncia presso la Sezione Staccata dei Carabinieri di Pxxxxxx, disconoscendo le firme apposte sugli atti di ritiro dei cellulari; contestualmente inviava tramite fax al gestore una comunicazione tramite modello prestampato con la quale disconosceva le firme apposte per il ritiro degli apparati e segnalando la mancata consegna degli stessi.
- 4) Contesta inoltre il traffico roaming internazionale addebitato pari ad euro 1.275,00 poiché tariffato a consumo, nonostante prima di partire per l’estero l’istante avesse espressamente richiesto all’operatore l’opzione “smart passport” per poter usufruire del gettone di traffico giornaliero;

In base a tali premesse, l’utente chiede all’adito Corecom:

- i. Il rimborso della somma pari ad euro 1.452,00 relativa alle rate pagate per i due cellulari mai ricevuti;
- ii. Il rimborso della somma pari ad euro 1.275,00 per traffico estero indebitamente pagato;
- iii. Indennizzo per sospensione della linea;

Allega alla propria istanza:

- Denuncia/querela di sostituzione di persona;

- Autocertificazione di disconoscimento per spedizione non pervenuta inviata a Vodafone 31/01/2014;
- Fatture nn. AE14186747 di euro 2.297,87 del 15/10/2014, AE17191126 di euro 1.189,90 del 13/12/2014 e AF05260811 di euro 978,55 del 15/04/2015;

2. La posizione di Vodafone

In merito ai fatti oggetto del presente procedimento, l'operatore si oppone alle richieste avanzate dalla Sig.ra Colangelo per le seguenti ragioni.

Quanto alla richiesta di rimborso per le rate degli iphone, precisa che, come ex adverso dedotto, la merce è stata consegnata da Vodafone al vettore e da questi consegnata a terzi non identificati. Nella fattispecie, quindi, è applicabile la disciplina di cui all'art. 1693 del C.C. in forza del quale il vettore è responsabile delle cose consegnategli per il trasporto. Vodafone non può pertanto essere ritenuta responsabile per il presunto danno dall'utente, essendo la merce uscita dalla propria responsabilità.

Quanto alla richiesta di rimborso per il traffico estero dichiara che nessun errore è stato commesso nella fatturazione atteso che non risulta che vi sia stata richiesta per l'attivazione dell'opzione "smart passport 10" che avrebbe dato il diritto al gettone giornaliero.

Quanto all'asserita sospensione della linea essa non risulta avere nessun fondamento poiché non risulta provata ed infatti nessun reclamo è mai pervenuto.

4. 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 ed ammissibile.

In relazione alla prima lagnanza relativa alla richiesta di rimborso delle rate degli apparati di cui al punto sub i), si rammenta quanto disposto dalla Delibera Agcom n. 179/03/CSP (art. 3, comma 4), ossia che gli operatori devono fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, ove l'utente lamenti il ritardo rispetto alla consegna degli apparati richiesti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo. In questi casi peraltro il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione; allo stesso modo, l'operatore deve anche dimostrare di essersi diligentemente attivato per adempiere esattamente. In tutti i casi contrari, l'utente ha diritto ad un indennizzo.

Nel caso di specie si ritiene che l'istante abbia subito una truffa atteso che gli apparati previsti dal contratto non le sono mai stati recapitati così come risulta dalla documentazione istruttoria. Tale avvenimento non può, pertanto, gravare sulla parte istante che nonostante la mancata consegna della merce, non dipesa da sua responsabilità, si ritrovi a dovere corrispondere il corrispettivo di qualcosa di cui non ha mai usufruito.

Tra l'altro il comportamento assunto dalla Sig.ra Colangelo è stato irreprensibile poiché appena si è resa conto di ciò che era accaduto ha prontamente sporto denuncia dinanzi alla Polizia Giudiziaria e contemporaneamente ha inviato al gestore comunicazione di disconoscimento delle firme apposte dinanzi al vettore per il ritiro dei due iphone, indicandone i rispettivi codici IMEI per predisporre il blocco degli stessi.

Per tali ragioni si ritiene che la domanda dell'istante volta al riconoscimento del rimborso della somma pari ad euro 1.452,00 relativa alle rate pagate per i due cellulari debba essere accolta.

Relativamente all'asserito illegittimo addebito di traffico roaming internazionale, l'istante dichiara di aver richiesto all'operatore l'attivazione dell'offerta "smart pass port" e che nonostante ciò il traffico è stato fatturato a consumo.

Di converso Vodafone chiede il rigetto di tale domanda precisando la correttezza della fatturazione non avendo mai ricevuto nessuna richiesta per l'attivazione dell'offerta in parola.

Sul punto si evidenzia che l'istante non è stata in alcun modo precisa nell'articolare la predetta lagnanza limitandosi solo ad affermare di aver proceduto ad attivare l'offerta "smart passport" prima di partire per l'estero. Tale offerta, al costo di euro 3,00, le avrebbe permesso di poter usufruire di un gettone giornaliero per il servizio voce, dati e sms e al superamento dell'80% della soglia giornaliera di minuti, n° di sms e internet incluso, l'operatore avrebbe dovuto inviare un sms di allerta per avvertirla che in caso di sbocco sarebbero scattate tariffe più onerose come prescritto nell'offerta medesima.

Nell'istanza di definizione prodotta non vi è traccia né del periodo in cui avrebbe sottoscritto l'opzione predetta né della modalità con cui sarebbe stata richiesta. Né tali elementi sono stati forniti a seguito di richiesta di integrazione istruttoria.

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. Seppure, quindi, rispetto ad una contestazione relativa ad un totale o inesatto inadempimento contrattuale l'operatore deve dimostrare di aver adempiuto correttamente o che il contestato inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.

Nel caso di specie, si ritiene, tuttavia, che l'istante non ha fornito, seppure richiesto con la lettera di avvio del procedimento, né in sede di integrazione istruttoria, la prova della fonte negoziale del diritto, ovvero la copia dell'offerta sottoscritta con l'operatore, né ha precisato alcunché in ordine alle somme di cui chiede la restituzione.

Né, di fronte alla dichiarazione di parte convenuta di non aver mai ricevuto la richiesta dell'attivazione dell'offerta "smart passport", l'istante ha ritenuto, tra l'altro, di produrre ulteriori scritti difensivi a sostegno della propria lagnanza volti a definire e circoscrivere meglio il proprio diritto relativo alla restituzione delle somme asseritamente illegittime.

In totale mancanza di prova di quanto sopra, la domanda di cui al punto ii) volta al riconoscimento del rimborso della somma pari ad euro 1.275,00, per la sostenuta difformità delle condizioni contrattuali applicate rispetto a quanto pattuito, non può pertanto trovare accoglimento, anche in considerazione del fatto che l'istante non ha documentato nemmeno di aver contestato le fatture e gli importi in esse addebitati prima dell'esperimento del tentativo di conciliazione.

Per le medesime ragioni deve intendersi rigettata anche la domanda di cui al punto sub. iii) relativa al riconoscimento dell'indennizzo per la sospensione del servizio, perché generica e non recante nessun elemento indiziario, neanche temporale, volto a permettere all'adito Corecom di potersi pronunciare positivamente.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00) considerato la partecipazione sia all'udienza di conciliazione che in quella di definizione;

UDITA la relazione del Responsabile del Procedimento, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Abruzzo accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla Sig.ra xxxx Colangelo nei confronti della società Vodafone Omnitel B.V., per le motivazioni espresse in premessa;

2. La società Vodafone Omnitel B.V. è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione:

- **euro 1.452,00 (millequattrocentocinquantadue/00)** a titolo di rimborso delle rate relative a due cellulari, per le ragioni sopra evidenziate;

3. Rigetta le domande presentate dalla Sig.ra Colangelo e relative l'una al rimborso della somma pari ad euro 1.275,00 per traffico estero indebitamente pagato e l'altra per la refusione di un indennizzo per sospensione della linea per le ragioni sopra evidenziate;

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.

CO.RE.COM. ABRUZZO
Comitato Regionale per le Comunicazioni

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

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

L'Aquila, 17 dicembre 2015

F.to IL RELATORE
Dott.ssa Annalisa Ianni

F.to IL PRESIDENTE
Dott. Filippo Lucci

F.to IL DIRIGENTE
Dott.ssa Michela Leacche

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt.22 e 40 del D.Lgs. n.82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m. e i