

DELIBERA N. 42/15
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXXXXX XXXXX XXXXXX/VODAFONE OMNITEL B.V.
(RIF. PROC. GU14 N° 81/15)

IL CORECOM DELLA REGIONE ABRUZZO

NELLA riunione del 15 settembre 2015 si è riunito, così costituito:

		Pres.	Ass.
Presidente	Filippo Lucci	X	
Componenti	Alberto Capo	X	
	Nazario Cotturone	X	
	Alfredo D'Alessandro	X	
	Chiara D'Onofrio	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 presentata dalla Società xxxxxx xxxxxx xxxxx., per il tramite dell’Associazione dei Consumatori xxxxx xxxx, presentata in data 31/03/2015 ed acquisita in pari data al prot. 7125;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante lamenta la non conformità degli addebiti riportati nelle fatture rispetto a quanto pattuito in sede di sottoscrizione del contratto e l’attivazione di servizi non richiesti. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, nelle memorie difensive prodotte e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. Assume di aver sottoscritto un contratto con Vodafone nel febbraio 2013 che prevedeva l’attivazione di una sim con piano tariffario “Relax” e n° 4 sim con piano tariffario “Professional New”, per un importo complessivo previsto per ogni bimestre di circa euro 450,00. Tuttavia sin dalla ricezione della prima fattura si rendeva conto che gli importi fatturati erano ben diversi da quanto pattuito, pertanto, contattava il servizio clienti di Vodafone chiedendo il rimborso di quanto pagato indebitamente. Notava inoltre che nelle fatture erano presenti anche costi relativi ad una sim dati con tariffa “Speed” che in sede di sottoscrizione del contratto non era stata richiesta. Anche di tali costi chiedeva telefonicamente all’operatore la restituzione, attesa l’illegittimità degli stessi. Nel mese di dicembre 2013, non ricevendo dall’operatore nessuna risposta in merito a quanto lamentato, inoltrava richiesta di migrazione verso Wind e bloccava il Rid bancario per l’addebito delle fatture inviate da Vodafone. A seguito della migrazione, peraltro avvenuta con ritardo, nel mese di gennaio 2014 riceveva una fattura da parte di Vodafone dell’importo pari ad euro 2.288,87 contenente i costi per recesso anticipato che ritiene non dovuta per le ragioni predette. Fa presente inoltre che per tutto il 2014 fino al febbraio 2015 ha continuato a ricevere fatture contenenti costi della sim dati mai richiesta

b. Nella memoria difensiva presentata, oltre a ribadire quanto già riportato nell’istanza introduttiva, produce le fatture Vodafone e le copie dei pagamenti effettuati trami Rid bancario.

c. In base a tali premesse, l’utente ha richiesto:

- i. La cessazione immediata di qualsiasi pretesa creditoria da parte di Vodafone;
- ii. Indennizzo pari ad euro 7.300,00 per l’attivazione di servizi non richiesti ai sensi dell’art. 8 Allegato A delibera AGCOM 73/11/CONS, per l’indebita attivazione della sim dati mai richiesta da febbraio 2013 a febbraio 2015;
- iii. Indennizzo pari ad euro 300,00 per la mancata risposta ai reclami;
- iv. Rimborso pari ad euro 2.972,58 per le somme maggiorate e prelevate illegittimamente in violazione del contratto sottoscritto;

- v. Rimborso pari ad euro 455,76 per le somme prelevate relative ai costi della sim dati mai richiesta ed utilizzata dall'istante;
- vi. Rimborso delle spese di procedura sostenute pari ad euro 150,00;

2. La posizione dell'operatore

In via preliminare eccepisce l'inammissibilità dell'istanza in quanto palesemente generica oltrech  carente di prove a sostegno dell'effettiva sussistenza di responsabilit  di Vodafone in relazione all'asserita illegittima attivazione di servizi non richiesti nonch  all'affermata applicazione di condizioni contrattuali difformi da quelle pattuite.

Nel merito precisa di aver correttamente attivato a partire da maggio 2013 sull'utenza n  xxx/xxxxxxx il piano tariffario "Vodafone internet speed". A tal fine produce la registrazione vocale del consenso espresso dall'istante che conferma la volont  dello stesso di attivare il servizio sopra citato con conseguente consegna dell'apparato denominato Samsung Galaxy Tab. II 10.1, tuttora in possesso dell'istante medesimo.   pertanto da ritenersi manifestamente infondata la richiesta di un indennizzo pari ad euro 7.300,00 afferente l'illegittima attivazione del servizio, avendo provato concretamente la presenza della manifestazione del consenso all'erogazione del servizio contestato. Precisa inoltre che in relazione a tale utenza non risulta essere pervenuta alcuna richiesta di migrazione o disdetta n , tanto meno,   stato effettuato l'eventuale disconoscimento.

Quanto all'asserita applicazione di condizioni contrattuali difformi a quanto pattuito, rileva che l'istante si   limitato ad indicare e quantificare l'importo da rimborsare senza, tuttavia, aver svolto alcuna argomentazione concreta volta a spiegare e dimostrare perch  detti importi sarebbero da considerarsi illegittimi ed ingiustificati. L'istante sostiene, infatti, che il contributo bimestrale relativo al piano tariffario sottoscritto sia di importo pari ad euro 450,00, tuttavia nulla produce in concreto a sostegno di tale generica asserzione.

Con memoria di replica l'istante evidenzia in particolare che Vodafone si sia limitato a produrre la registrazione vocale del consenso ma non a produrre il modulo cartaceo sottoscritto dall'istante. Rammenta che il quadro normativo e regolamentare ed in particolare la delibera Agcom 664/06/CONS, nonch  i principi di correttezza e di affidamento contrattuale, prevedono a salvaguardia dell'effettiva conclusione del contratto, l'acquisizione del consenso informato del titolare dell'utenza mediante la registrazione integrale della conversazione telefonica ed il successivo invio al recapito dell'utente del modulo di conferma. Nel caso di specie non   emerso alcun tracciamento della volont  espressa dall'utente, n  risulta che l'operatore abbia adempiuto agli obblighi previsti nella citata delibera, pertanto, il rapporto contrattuale non pu  ritenersi validamente instaurato.

3. Motivazione della decisione

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

La domanda di cui al punto i) non merita accoglimento ed   pertanto da rigettare. In particolare, si richiama quanto previsto dall'art. 19, comma 4, del "Regolamento" e dal punto III.5.1. della delibera Agcom n. 276/13/CONS, cio  che: "L'Autorit , con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, pu  condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonch  nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorit .". In forza di tale previsione, si ritiene di rigettare la richiesta in esame in quanto avente ad oggetto la

condanna ad un facere dell'operatore, esclusa dal contenuto vincolato del provvedimento di definizione della controversia.

Relativamente alla doglianza sulla difformità delle condizioni contrattuali applicate rispetto a quanto pattuito, l'istante lamenta la difformità degli importi addebitati da Vodafone con quanto previsto dal contratto (Euro 450,00 bimestrale) e chiede la restituzione delle somme non dovute. L'operatore evidenzia la correttezza della fatturazione effettuata per il traffico a pagamento generato dall'utenza, in conformità alle offerte sottoscritte di cui ai piani tariffari "Relax" e "New Professional", i medesimi piani che l'istante riferisce di aver sottoscritto. 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, la prova della fonte negoziale del diritto, ovvero la copia del contratto o dell'offerta sottoscritta con l'operatore, né ha precisato alcunché in ordine alle somme di cui chiede la restituzione. In totale mancanza di prova di quanto sopra, la domanda di cui al punto iv) volta al riconoscimento del rimborso della somma pari ad euro 2.972,58, per l'asserita difformità delle condizioni contrattuali applicate rispetto a quanto pattuito, non può pertanto trovare accoglimento, anche considerando che l'istante non ha documentato di aver mai contestato le fatture e gli importi addebitati dal febbraio 2013, data di sottoscrizione del contratto, al dicembre 2013, in cui si perfezionava la migrazione verso altro operatore.

Ciò comporta conseguentemente anche il rigetto della richiesta di cui al punto iii) per il riconoscimento di un indennizzo pari ad euro 300,00 per la mancata risposta ai reclami, attesa la mancata allegazione da parte istante di reclami di cui se ne contesta la mancata risposta.

Quanto all'asserita lamentata attivazione di servizio non richiesto, nella fattispecie l'attivazione di una sim dati mai richiesta, all'esito delle risultanze istruttorie e alla luce di quanto argomentato e documentato dalla società Vodafone si deve evidenziare che le richieste formulate dalla parte istante di cui ai punti ii) e v) non possono essere accolte per le motivazioni che seguono. A prescindere, infatti, dalla considerazione del fatto che la parte istante ha inteso presentare istanza di conciliazione innanzi a questo Corecom solo in data 16 febbraio 2015, quindi a distanza di più di un anno dall'asserita conoscenza risalente al mese di dicembre 2013 dell'esistenza di un contratto di fornitura

di servizi non riconosciuto, può ritenersi che non sussiste alcuna responsabilità in capo alla società convenuta in ordine all'attivazione indebita del servizio telefonico.

In ordine alle predette richieste, la società convenuta ha prodotto copia del supporto magnetico attestante la registrazione vocale del consenso inequivoco, effettivo e consapevole della società istante volto all'attivazione di una sim dati con piano tariffario denominato "Vodafone Internet Speed" abbinato all'acquisizione di un apparato denominato Samsung Galaxy Tab. II 10.1.

Al riguardo si precisa che sul punto l'Agcom si è espressa più volte (cfr deliberazioni 69/11/CIR, 11/12/CIR, 123/12) disponendo che non può essere accolta la contestazione dell'istante relativa all'attivazione di un servizio non richiesto qualora l'operatore dia prova (tramite registrazioni vocali della telefonata), della regolare stipula del contratto, avvenuta nel rispetto delle normative di settore. Pertanto, si deve presupporre che l'istante fosse perfettamente a conoscenza dell'esistenza di tale servizio avendo prestato il proprio consenso all'attivazione, come si evince chiaramente dall'ascolto della registrazione in atti. Tale assunto è altresì rafforzato se si considera che l'istante ha, come precisato da Vodafone, asserzione, peraltro, mai contestata dall'istante, ricevuto l'apparato Samsung Galaxy Tab. II 10.1 di cui ha usufruito regolarmente come può evincersi dal traffico dati prodotto dall'utenza afferente la contestata sim dati n° xxx/xxxxxxx presente nelle fatture agli atti del procedimento de quo. Si aggiunga inoltre che non risulta presente nessuna disdetta o istanza di disconoscimento relative alla predetta sim dati, pertanto, sono da ritenersi corrette tutte le fatture emesse da Vodafone, anche quelle successive al dicembre 2013.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, si ritiene che nulla può essere disposto a carico dell'operatore in tal senso, atteso che non è stato accertato alcun addebito nei confronti dello stesso.

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

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Abruzzo rigetta l'istanza presentata dalla Società xxxxx xxxx xxxx xxx., per il tramite dell'Associazione dei Consumatori xxxxx. nei confronti della società Vodafone Omnitel B.V., per le motivazioni espresse in premessa;

2. 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.

3. 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, 15 settembre 2015

IL RELATORE

F.to Dott.ssa Annalisa Ianni

IL PRESIDENTE

F.to Dott. Filippo Lucci

IL DIRIGENTE

F.to 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.