

DELIBERA N. 14

***** / VODAFONE ITALIA SPA (HO.MOBILE - TELETU)
(GU14/543492/2022)

Il Corecom Sardegna

NELLA riunione del Corecom Sardegna del 14/06/2023;

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. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi*, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate sottoscritta il 24/03/2023 dal Presidente dell’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), dal Presidente della Regione Autonoma della Sardegna d’intesa con il Presidente del Consiglio regionale e dal Presidente del Corecom Sardegna;

VISTA la legge regionale 28 luglio 2008, n. 11, "Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com.) della Regione Autonoma della Sardegna" e ss.mm.ii.;

VISTA l’istanza di ***** del 05/08/2022 acquisita con protocollo n. 0240906 del 05/08/2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante sostiene di aver stipulato con Vodafone, per il tramite di un consulente, un contratto voce + internet e precisamente "One Net Total Wireless" con 11 numerazioni interne, che prevedeva la migrazione da Tim. Riferisce, inoltre, che i tecnici intervenuti per l'installazione hanno riscontrato dei problemi legati alla linea fissa che, nonostante i vari tentativi, non sono mai stati risolti, per cui la strumentazione necessaria per l'attivazione non è mai stata utilizzata e la portabilità è stata sospesa.

Nonostante questo la fatturazione è stata avviata e ad aprile 2022 è stata chiesta la risoluzione del contratto, in quanto a distanza di un anno dalla stipula, il servizio non era ancora stato attivato.

La Società afferma che Vodafone fosse perfettamente a conoscenza dei problemi riscontrati in quanto ci sono stati diversi interventi da parte dei suoi tecnici e che non fosse pertanto necessaria la presentazione di reclami, che tuttavia sostiene di aver inoltrato, e che le fatture sono state tutte puntualmente contestate.

Chiede pertanto la corresponsione della somma di € 2.985,00 a titolo di rimborso per i pagamenti effettuati, ed asseritamente non dovuti, e a titolo di indennizzo per mancata attivazione del servizio e malfunzionamento della linea. Afferma che la prova indiretta dell'inadempimento è desumibile dal fatto che la Vodafone abbia emesso la nota di credito n. ZZ30046259, dell'importo di € 602,68 a titolo di rimborso dei costi di recesso addebitati sulla fattura Ao10361516 del 14 giugno 2022, a cui non avrebbe avuto diritto se la risoluzione del contratto non fosse stata supportata da una giusta causa, in quanto avvenuta anteriormente rispetto alla durata contrattuale pattuita.

Nella memoria depositata agli atti successivamente all'instaurazione del procedimento di definizione, il legale dell'istante modifica le domande relative alla cifra dello storno e a quella richiesta a titolo di indennizzo, rispetto a quelle presenti nel formulario, che tuttavia devono ritenersi cristallizzate.

2. La posizione dell'operatore

L'operatore riferisce, invece, che il servizio è stato regolarmente attivato il 12 giugno 2021 e successivamente cessato il 9 marzo 2022 e che non sono stati presentati reclami relativi a disservizi o malfunzionamenti né sono mai state formalmente contestate le fatture che, pertanto, devono considerarsi accettate dal cliente.

Sostiene che un reclamo tardivo, inoltre, pregiudica il diritto di difesa in quanto il traffico telefonico può essere legittimamente conservato, a tutela del diritto alla riservatezza, soltanto per un periodo non superiore ai sei mesi e la controparte non sarebbe posta nelle condizioni di dimostrare l'avvenuto adempimento.

Precisa che è tuttora presente un insoluto pari a € 459,56 e conferma di aver emesso una nota di credito per l'importo di € 602,68 a titolo di rimborso dei costi di recesso addebitati nella fattura A010361516 del 14 giugno 2022.

Chiede pertanto che vengano rigettate le domande di storno, rimborso e indennizzo in quanto infondate in fatto e in diritto e in subordine che un'eventuale somma dovuta sia compensata con l'insoluto del cliente.

3. Motivazione della decisione

Entrambe le parti hanno partecipato all'udienza di cui all'art. 16 comma 4 Delibera 353/19/CONS tenutasi in data 12/01/2023, che si è conclusa con un mancato accordo.

Preliminarmente, si osserva come nella memoria depositata agli atti successivamente all'instaurazione del procedimento di definizione, il legale dell'istante modifichi le domande relative alla cifra dello storno e a quella richiesta a titolo di indennizzo, rispetto a quelle presenti nel formulario.

Tuttavia le "nuove richieste" sono inammissibili in quanto, essendo state formulate dall'istante per la prima volta nella memoria di replica, configurano a tutti gli effetti una domanda nuova, come tale contraria alle regole del contraddittorio su cui è incentrata la presente procedura (conforme, delibera Agcom 148/20/CIR).

Nel merito.

L'operatore nega l'inadempimento eccepito dal cliente affermando che il link relativo al contratto "One Net Azienda Total Wireless" è stato regolarmente attivato in data 12 giugno 2022, senza però fornire alcuna prova di tale assunto.

La norma di riferimento è l'art. 1218 Cod. civ., secondo cui "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati. Sul punto, in base ai principi generali sull'onere della prova, si richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. 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, dovendo il debitore convenuto fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento". Il creditore deve, dunque, soltanto provare la fonte del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento di controparte, mentre il debitore è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa costituito dall'avvenuto adempimento.

L'operatore, dunque, avrebbe dovuto dimostrare di aver attivato il servizio oggetto del contratto nonché il regolare funzionamento dei sistemi dal momento dell'attivazione; sarebbero bastate queste semplici allegazioni a dimostrare l'infondatezza della pretesa dell'istante.

Come correttamente eccepito dalla resistente, gli operatori telefonici in presenza di una contestazione scritta possono conservare il traffico per un periodo di tempo non superiore a sei mesi.

A tal proposito si evidenzia, tuttavia, come la prima contestazione scritta del cliente, depositata in atti (inoltrata con pece e con allegata ricevuta di avvenuta consegna), sia quella del 4 aprile 2022 e pertanto Vodafone ben avrebbe potuto dimostrare l'eventuale sussistenza di traffico telefonico relativo ai sei mesi antecedenti a tale data.

Premesso quanto sopra l'inadempimento della compagnia telefonica, in relazione al contratto One Net Azienda Total Wireless, è da ritenersi sussistente e quindi non dovuta la controprestazione del pagamento da parte del cliente.

Sussiste, inoltre, come affermato da parte ricorrente, la prova indiretta desumibile dal rimborso (effettuato con nota di credito emessa in favore del ricorrente) delle somme addebitate per anticipato recesso contrattuale e che non avrebbe avuto giustificazione, se il recesso dell'utente fosse stato arbitrario.

Dovrà quindi essere scomputata dalle fatture presenti agli atti la cifra relativa al servizio suddetto, che l'istante sostiene di aver correttamente corrisposto, senza però allegare le ricevute dell'avvenuto pagamento e quindi senza fornire la prova dell'adempimento della propria prestazione. A tal proposito, tuttavia, si osservi che la compagnia telefonica, nelle memorie presenti agli atti, sostiene che persiste un insoluto di 459,56, per cui può ritenersi indirettamente provata la corresponsione della somma residua non contestata dalla controparte.

Nonostante sia stata depositata, nel fascicolo relativo alla definizione, la sola fattura A010361516 del 14 giugno 2022, si ritiene di dover accogliere l'istanza del cliente volta all'acquisizione della documentazione prodotta nella precedente fase della procedura, ai sensi dell'art. 18 del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche all. A alla Delibera 203/18/CONS come modificata dalla Delibera 390/21/CONS, in quanto incorsa nell'errore scusabile di ritenere che la documentazione presente nella piattaforma relativamente alla conciliazione confluisse nella fase ulteriore di definizione. Si terranno in considerazione, quindi, anche le fatture nn. AN18291647 del 13 ottobre 2021, AN22272739 del 14 dicembre 2021 e AO02470145 del 12 febbraio 2022.

Non sono dovuti indennizzi dato che agli atti non è presente alcun reclamo anteriore a quelli di aprile 2022 in cui si chiede la cessazione del servizio.

Inoltre le due richieste di indennizzo si presentano contraddittorie in quanto non può logicamente configurarsi la mancata attivazione del servizio e il malfunzionamento dello stesso.

Considerato che nessuna delle parti ha prodotto il contratto oggetto della presente controversia, non è dato sapere se la voce denominata ICT facesse parte dello stesso e se il relativo servizio sia stato attivato o meno.

È necessario pertanto ricorrere a prove presuntive.

Poiché in relazione alla bolletta A010361516 del 14 giugno 2022 è stato rimborsato il solo importo relativo alla rete fissa, con la relativa percentuale di Iva, e il cliente non ha contestato tale circostanza, che anzi richiama a dimostrazione del fatto che il gestore fosse consapevole della mancata attivazione del servizio, si evince che gli altri servizi fossero stati forniti correttamente.

Ne consegue che dalle bollette debba essere scomputata la sola voce relativa alla rete fissa, corrispondente a 758 euro più Iva in ciascuna delle seguenti fatture:

- AN18291647 del 13 ottobre,
- AN22272739 del 14 dicembre 2021 e
- AO02470145 del 12 febbraio 2021,

per un importo complessivo pari a € 2.774,28 alla quale deve essere sottratta la somma di 459,56 euro della quale non è provato indirettamente il pagamento.

La compagnia telefonica dovrà pertanto corrispondere all'istante € 2.314,72 a titolo di rimborso di somme versate e non dovute.

DELIBERA

Articolo 1

1. In parziale accoglimento dell'istanza, che **VODAFONE ITALIA SPA (HO.MOBILE – TELETU)** corrisponda all'istante la somma di € 2.314,72 a titolo di rimborso di somme versate e non dovute.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Cagliari, 14 giugno 2023

IL PRESIDENTE

Sergio Nuvoli