

CORECOM

Comitato Regionale per le Comunicazioni

Bologna, 19 aprile 2011

Titolo 1.10.21/153

DELIBERAZIONE n. 12 del 2011

(estratto dal verbale del 19 aprile 2011)

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX E VODAFONE OMNITEL N.V.

Presenti:

Gardini Gianluca
Bettini Giuseppe
Alberici Arianna

Presidente
Vice Presidente
Componente

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX E VODAFONE OMNITEL N.V.

Il Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "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", sottoscritta tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata presso questo CORECOM in data 29 marzo 2010 (tit. 1.10.21/153), con la quale la XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore e avente sede in XXX, via XXX, rappresentata dall'avv. XXX, presso il cui studio, in XXX, Piazza XXX, è elettivamente domiciliata, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, di definire la controversia in essere con l'operatore di comunicazioni elettroniche Vodafone Omnitel N.V., elettivamente domiciliato presso l'Avv. XXX in XXX, via XXX, relativamente alle utenze telefoniche nn. 000; 111; 222; 333; 444; 555; 666; 777; 888; 999; 000; 121; 122; 335/1295701; 123; 124; 125; 126; 127; 128; 129; 130; 131.

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 28494 del 30 settembre 2010) regolarmente comunicata alle parti;

VISTA la memoria autorizzata depositata dall'istante in data 20 ottobre 2010 (prot. 30597/2010) e la replica di Vodafone Omnitel N.V. del 27 ottobre 2010 (prot. 31589/2010) depositata oltre termine e non comunicata alla controparte;

VISTO l'esito dell'udienza di discussione, tenuta in data 28 ottobre 2010, alla quale ha presenziato unicamente la parte istante (prot. 31591/2010);

VISTE la relazione del responsabile del procedimento, avv. Marco Ciancaglini (prot. 12905/2011), e la proposta di decisione del responsabile del Servizio, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 13003/2011) ex art. 19, del. AGCOM 173/07/CONS;

UDITA l'illustrazione del componente, avv. Giuseppe Bettini, designato dal Presidente, svolta nella seduta del 19 aprile 2011;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia XXX, in forza di un contratto, nonché di proposta di abbonamento costituente parte integrante di quest'ultimo, sottoscritto con Vodafone Omnitel N.V. in data 19/02/2007 e relativo a n. 23 SIM (di cui 2 SIM DATI e 21 SIM VOCE), richiede quanto segue:

IN VIA PRINCIPALE:

- a) l'accertamento della non scarsa importanza degli inadempimenti e la dichiarazione di risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1453 c.c., a carico di Vodafone Omnitel N.V. per: mancata applicazione delle condizioni contrattuali e delle tariffe riservate alla società istante, in violazione delle obbligazioni assunte sulla base del contratto e della proposta di abbonamento costituente sua parte integrante; mancato rispetto degli standard generali e di qualità previsti nella Carta dei servizi; inserimento nel contratto di clausole nulle sulla base delle quali è stato richiesto il pagamento di penali non dovute.
- b) il rimborso da parte di Vodafone di somme non dovute e di interessi di mora per mancata applicazione degli sconti contrattualmente previsti;
- c) la dichiarazione di nullità delle clausole contrattuali in base alle quali il gestore ha richiesto il pagamento delle penali per recesso anticipato quantificate in € 12.509,40 di cui alla fattura n. 8076730494 del 21/06/2008 ed in € 421,84 di cui alla fattura n. 8016874863 del 23/10/2008;
- d) l'accertamento e la dichiarazione del mancato rispetto degli standard generali e specifici di qualità, nonché la determinazione di un indennizzo secondo equità, in base a quanto previsto dall'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche ed in conformità alla delibera n. 3/09/CIR;
- e) l'accertamento e la dichiarazione della violazione del principio di correttezza e buona fede a carico di Vodafone ai sensi degli artt. 1175, 1335, 1337 e 1338 c.c.;
- f) la dichiarazione che nulla è dovuto al gestore.

IN VIA SUBORDINATA:

- g) l'accertamento e la dichiarazione di legittimità del recesso esercitato da XXX, tramite il nuovo operatore TIM ora Telecom Italia Spa il 18 aprile, confermato dalla concessione della portabilità dei numeri da parte di Vodafone il 27 maggio 2008 e da successiva lettera a.r.

dell'istante inviata a Vodafone Omnitel N.V. il 15 luglio 2008. Da ciò XXX fa discendere l'ulteriore richiesta di accertamento e dichiarazione di infondatezza della richiesta di pagamento a titolo di penali, disattivazione anticipata, corrispettivo recesso anticipato per un importo complessivo di € 12.509,40 di cui alle fatture nn. 8076730494 e 8016874863, per contrarietà a norme imperative, alle condizioni contrattuali sottoscritte ed al legittimo recesso esercitati da XXX.

IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA, in virtù del fatto colposo di cui all'art. 1227 c.c.:

h) la compensazione dell'eventuale credito di Vodafone Omnitel N.V. con l'importo di € 5.898,34 risultante a favore dell'istante da: voci di spese inserite in fattura a titolo di rate telefoni e Kasko, quantificate in € 271,20, oltre ad interessi di mora dal dì del dovuto al saldo effettivo; indennità per violazione degli standard generali e di cui alla Carta dei servizi, quantificati in € 1.000,00; spese legali quantificate in € 1.334,73; spese sostenute dall'istante per la verifica delle fatture emesse da Vodafone Omnitel N.V. e quantificate in euro 2.600,00; interessi di mora sugli sconti contrattuali non applicati o applicati in ritardo, quantificati in € 193,78; sanzione a cui è stata esposta XXX per il ritardato pagamento della tassa di concessione governativa da parte di Vodafone in ordine alla fattura n. 8085075915 del 24 ottobre 2007 (da verificare) per un importo di € 173,30; sanzioni future per omesso pagamento delle tasse di concessione governativa da parte di Vodafone in relazione alla fattura n. 8076196351 del 21/02/2008 e n. 8076454318 del 23/04/2008, già quantificate in € 325,32.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prima di entrare nel merito della controversia in esame, occorre analizzare due aspetti involgenti il profilo procedurale.

Si rileva, in primo luogo, l'irricevibilità e, pertanto, l'inutilizzabilità in sede istruttoria della memoria inviata da "Vodafone Omnitel N.V.", di seguito Vodafone, in data 27 ottobre 2010 (prot. 31589/2010) ai sensi dell'art. 16, c. 2, del. AGCOM 173/07/CONS, in quanto depositata oltre il termine (di venti giorni) indicato nella comunicazione di avvio (prot. 28494 del 30/09/2010) e non comunicata alla controparte. Rispetto a quest'ultimo profilo, peraltro, si richiama l'indirizzo fatto proprio da questo ufficio (in particolare con le delibere nn. 8/2010 e 11/2011, nonché la determinazione n. 1/2010) secondo il quale l'adempimento di cui all'art. 16, c. 2, del. AGCOM 173/07/CONS, costituisce un obbligo da considerare essenziale in quanto necessario per l'esercizio dei diritti di difesa, a pena di irricevibilità e conseguente inutilizzabilità dei documenti.

In secondo luogo, si precisa che, con regolare memoria inviata il 20 ottobre 2010, "XXX", di seguito XXX, comunicava la proposizione da parte di Vodafone, successivamente al deposito dell'istanza di definizione della controversia in oggetto, di ricorso per ingiunzione presso il Tribunale di Milano nei confronti di XXX. In particolare, al di là di quanto eccepito dall'istante in ordine alla totale

improcedibilità e/o inammissibilità e/o illegittimità e/o irricevibilità del ricorso per ingiunzione e del decreto ingiuntivo in virtù della pendenza del termine di cui all'art. 16 del. AGCOM 173/07/CONS, in questa sede è opportuno richiamare quanto previsto dall'art. 14, c. 2, del. AGCOM 173/07/CONS, ai sensi del quale: *“Il deferimento della soluzione della controversia all’Autorità non può essere promosso ... qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l’Autorità giudiziaria”*. Tale disposizione, infatti, induce a ritenere ammissibile l’istanza di definizione della controversia in esame in quanto il deposito di quest’ultima (in data 29 marzo 2010) è avvenuto preventivamente al ricorso per ingiunzione, nonché a ritenere legittima la prosecuzione del procedimento di definizione che dalla relativa istanza ha tratto origine.

Passando alle questioni attinenti al merito della controversia, occorre effettuare alcune precisazioni preliminari in ordine alle richieste avanzate da parte istante.

Al riguardo, giova richiamare l'art. 19, c. 4, del. AGCOM 173/07/CONS ai sensi del quale: *“L’autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell’istanza, può 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, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità”*. Tale disposizione, unitamente alle indicazioni fornite dalla del. AGCOM 529/09/CONS, delimita e circoscrive il contenuto della pronuncia di definizione, da intendere come vincolato alla esclusiva possibilità per il CORECOM di condannare l'operatore al rimborso (o storno) di somme non dovute e alla liquidazione di indennizzi. Facile comprendere come tale contenuto vincolato debba necessariamente trarre origine e trovare corrispondenza nell'oggetto della/e richiesta/e di definizione, con un margine di interpretazione delle singole richieste in capo al Corecom, limitato alla logicità e pertinenza rispetto alla questione da esaminare. In tal senso, dunque, qualora le richieste, come nel caso di specie, risultino formulate in maniera non del tutto rispondente a ciò che possa ritenersi rientrante nell'oggetto di valutazione del Corecom, potranno essere reinterpretate, ogni qual volta sia possibile, secondo il loro significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare.

Alla luce di tali indicazioni di massima, si rende necessaria una rivisitazione delle richieste avanzate da parte istante, che induce a ritenerle in parte accoglibili, nei limiti che seguiranno, ed in parte non accoglibili.

Sono, infatti, da rigettare le richieste sub a) ed e) in quanto dirette all’ottenimento di una pronuncia dichiarativa di situazioni in fatto ed in diritto, che esulano dal contenuto vincolato della pronuncia di definizione, così come previsto dall'art. 19, c. 4, del. AGCOM 173/07/CONS e dalla del. AGCOM 529/09/CONS.

Meritano accoglimento, invece, le restanti richieste con opportune precisazioni e limitazioni.

Per quanto attiene alle richieste sub b), c) e g), si ritiene necessaria una trattazione congiunta in quanto riconducibili ad un comune fattore, la risoluzione contrattuale per fatto imputabile a

Vodafone. Ciò che rileva, infatti, è la mancata applicazione degli sconti contrattualmente previsti da parte di Vodafone. In particolare, dalla documentazione prodotta da XXX, emerge la non pedissequa applicazione degli sconti concordati tra le parti, per una somma quantificata dall'istante in euro 3.242,73, alla quale vanno aggiunti euro 438,66 a titolo di interessi di mora sugli sconti contrattuali non applicati e/o applicati in ritardo. Trattandosi di risoluzione per inadempimento di Vodafone e non di recesso, come è dato evincere dalla lettera inviata da XXX in data 15 luglio 2008 e regolarmente ricevuta da Vodafone in data 21 luglio 2008, non rileva nel caso di specie quanto affermato nella pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1442, in ordine alla subordinazione del diritto allo sconto che il cliente acquisisce sottoscrivendo l'offerta promozionale alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine. Pertanto, l'istante acquisisce e mantiene il diritto ad ottenere il rimborso delle somme non dovute e degli interessi di mora per mancata applicazione degli sconti contrattualmente previsti. Questi ultimi peraltro sono stati provati ad opera dell'istante e non contestati da Vodafone. Da ciò discende il conseguente riconoscimento in favore di XXX delle somme quantificate dalla stessa società istante.

La medesima logica va seguita per l'accoglimento delle richieste sub c) e g).

Dalla risoluzione del contratto per fatto imputabile a Vodafone, che non ha applicato gli sconti contrattualmente indicati, discende infatti l'illegittimità della richiesta di pagamento, a titolo di penali/disattivazioni anticipate/corrispettivo per recesso anticipato, dell'importo di euro 12.931,24 di cui alle fatture nn. 8076730494 e 8016874863, con conseguente riconoscimento dello storno del suddetto importo in favore dell'utente. Peraltro, pur a volere ritenere legittima una simile richiesta di pagamento, rileva quanto previsto dalla delibera AGCOM 77/10/CIR nella quale si stabilisce l'onere dell'operatore di fornire un adeguato supporto probatorio atto a dimostrare la congruenza tra costi giustificati e voci di addebito imputate sotto la dicitura "somma dovuta per recesso anticipato" nelle fatture contestate. Inoltre, come rilevato dalla Cass. Civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313, sussiste in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente. Rapportando tali considerazioni al caso di specie, è dato evincere, a fronte della contestazione da parte dell'utente delle fatture di riferimento (con lettere del 15 luglio 2008 e del 23 novembre 2008, regolarmente inviate e ricevute da Vodafone), l'assenza di prova da parte dell'operatore in ordine alla congruenza tra eventuali costi giustificati e voci di addebito imputate sotto la dicitura "Penali/Disattivazioni anticipate/Corrispettivo recesso anticipato".

Per quanto attiene alla richiesta sub d), questa è da ritenere assorbita all'interno delle richieste di cui al punto sub h). In particolare, occorre precisare che le richieste avanzate in tale punto risultano da accertare singolarmente e non in un'ottica di compensazione nei termini richiesti da parte istante.

Si ritiene, innanzitutto, di riconoscere un indennizzo per violazione degli standard generali di cui alla Carta del cliente. Nello specifico, occorre fare riferimento alla parte seconda della Carta del

cliente, ed in particolar modo all'indicatore n. 5, che prevede quale standard generale l'accuratezza della fatturazione. A fronte dell'attivazione dell'utente in ordine alla segnalazione di errori di fatturazione relativi alla mancata applicazione della scontistica specificatamente pattuita, a partire dal ricevimento delle prime fatture, contestate con una prima lettera del 10 settembre 2007 e con lettere successive, sino alla risoluzione del contratto intervenuta in data 27 maggio 2008 tramite passaggio ad altro operatore e confermata con lettera del 15 luglio 2008, si ritiene di accogliere e considerare equa e congrua, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/2003), la somma richiesta dall'istante di euro 1.000,00, tenuto conto del mancato rispetto da parte di Vodafone dello standard dell'accuratezza della fatturazione di cui alla Carta del cliente, parte seconda, indicatore 5.

Inoltre, merita accoglimento la richiesta di rimborso di euro 271,20, a titolo di rate telefoni e kasko, in quanto dal contratto sottoscritto il 19/2/2007 e dalla relativa proposta di abbonamento costituente parte integrante, risulta quale condizione riservata a XXX la previsione di un telefono in omaggio Mod. Nokia 6030 per ogni linea attivata (oppure un numero di cellulare inferiore ma di rata superiore), che dunque non giustifica la richiesta di pagamento a titolo di rate telefoni. Riguardo, invece, al servizio Kasko, dal contratto non sembra evincersi alcuna sottoscrizione in tal senso tra le parti idonea a giustificare la relativa richiesta di attivazione e pagamento.

Infine, si riconosce a favore dell'istante il rimborso di euro 173,30 a titolo di sanzione per il ritardato pagamento della tassa di concessione governativa da parte di Vodafone in ordine alla fattura n. 8085075915 del 24 ottobre 2010, nonché la condanna di Vodafone al pagamento di euro 325,32, somma quantificata dall'istante e non contestata da Vodafone, a titolo di sanzioni future per omesso pagamento delle tasse di concessione governativa in relazione alla fattura n. 8076196351 del 21 febbraio 2008 e n. 8076454318 del 23 aprile 2008. Al riguardo, infatti, si rileva che il ritardato pagamento delle fatture di cui sopra da parte dell'istante, risulta imputabile al comportamento di Vodafone non rispettoso delle condizioni contrattuali specificatamente previste. Diversamente, sono da rigettare le richieste delle spese legali quantificate in euro 1.334,73 e delle spese sostenute dall'istante e quantificate in euro 2.600,00 per la verifica delle fatture emesse da Vodafone. In relazione alle spese di procedura, invece, pare equo e proporzionale quantificarle in euro 150,00 sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante ha partecipato, con assistenza, all'udienza di definizione e ha preso attivamente parte, in via cartolare, al procedimento di definizione.

Alla luce di quanto sopra, quindi, si accoglie la richiesta sub f) nel senso che nulla deve ritenersi più richiedibile da parte di Vodafone nei confronti di XXX nei limiti di quanto ha costituito oggetto della presente controversia.

DELIBERA QUANTO SEGUE:

In parziale accoglimento dell'istanza di definizione della controversia tit. 1.10.21.153 presentata da XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore e avente sede in XXX, via XXX, rappresentata dall'avv. XXX, Vodafone Omnitel N.V., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in XXX, Via XXX, è tenuta:

- a) a rimborsare all'istante la somma di euro 3.242,73 per la mancata applicazione degli sconti contrattualmente previsti, nonché a corrispondere l'ulteriore somma di euro 438,66 a titolo di interessi di mora sugli sconti contrattuali non applicati e/o applicati in ritardo;
- b) a stornare l'importo di euro 12.931,24 richiesto a titolo di Penali/Disattivazioni anticipate/Corrispettivo recesso anticipato di cui alla fattura n. 8076730494 del 21 giugno 2008 e n. 8016874863 del 23 ottobre 2008;
- c) corrispondere la somma di euro 1.000,00 a titolo di indennizzo per violazione degli standard generali di cui alla Carta dei servizi;
- d) rimborsare la somma di euro 271,20 richiesta a titolo di rate telefoni e kasko;
- e) rimborsare l'importo di euro 173,30 a titolo di sanzione per il ritardato pagamento della tassa di concessione governativa da parte di Vodafone in ordine alla fattura n. 8085075915 del 24 ottobre 2010;
- f) corrispondere la somma di euro 325,32 a titolo di sanzioni future per omesso pagamento delle tasse di concessione governativa in relazione alla fattura n. 8076196351 del 21 febbraio 2008 e n. 8076454318 del 23 aprile 2008;
- g) corrispondere euro 150,00, quale rimborso delle spese di procedura come sopra motivato.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'utente.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata nel sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

Vodafone Omnitel N.V., è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d. lgs 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119, c. 1 lett. b), d. lgs 104/2010 il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta giorni dalla sua comunicazione.

Il Presidente

Il Segretario

Prof. avv. Gianluca Gardini

dott.ssa Primarosa Fini