

DETERMINA Fascicolo n. GU14/440049/2021**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Pxxx****M. R. - 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 Pxxx M. R., del 07/07/2021 acquisita con protocollo n. 0296053 del 07/07/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante Con istanza del 7.7.2021 contro Vodafone Italia spa, l’istante lamentava quanto segue: “ la Signora Pxxx M. R. ha sottoscritto un contratto di abbonamento con il gestore Vodafone che prevedeva l'utilizzo di una linea di rete fissa 0xxxxxxxxx ed una sim dati 3xxxxxxxxx cui era vincolato il dispositivo Vodafone R216. Per il suddetto abbonamento si era impegnata a pagare 30,00 euro al mese, con addebito su conto corrente. Successivamente la Signora Panariello si è avveduta che, contrariamente, a quanto

le era stato prospettato al momento della sottoscrizione del contratto le veniva richiesto il pagamento maggiori e pertanto non provvedeva al pagamento delle fatture emesse da Vodafone. Successivamente l'istante ha ricevuto un sollecito di pagamento ed ha provveduto a contestare le fatture in quanto Vodafone richiedeva le somme non dovute. Le veniva rappresentato da una società di recupero crediti che, al numero fisso era associato anche un dispositivo Apple Iphone. La Signora Panariello ha precisato di non aver mai richiesto il suddetto dispositivo né di averlo mai ricevuto. Successivamente, in data 18/11/19, a mezzo pec, contestava nuovamente le fatture di cui al sollecito di pagamento e chiedeva direttamente alla Vodafone spa la copia del contratto. In data 12/3/20, lo Studio legale Federici, riscontrava per conto della Vodafone spa la predetta comunicazione nella quale veniva esposto che il richiesto saldo era relativo ai costi della sim dati 3xxxxxxx cui era vincolato il dispositivo Vodafone R216, all'utenza di rete fissa 0xxxxxxx ed ai costi relativi al dispositivo Apple Iphone 7 (IMEI 359206075076315) vincolato alla sim ricaricabile 3xxxxxxx. In merito alla richiesta di copia del contratto si precisava che lo studio non era autorizzato a fornire copia della documentazione. L'istante provvedeva a contestare nuovamente quando dedotto, ribadendo di non aver sottoscritto alcun contratto di abbonamento con il gestore Vodafone che prevedesse la consegna di dispositivi Apple, e nello specifico un telefono Iphone7, vincolati a schede ricaricabili. Ha precisato nuovamente che il dispositivo Apple Iphone 7 (IMEI 359206075076315) e la scheda sim ricaricabile abbinata al numero 3xxxxxxx - entrambi non sono mai stati consegnati alla Signora Panariello. Né gli stessi sono stati utilizzati da quest'ultima. Pertanto, chiedeva nuovamente l'invio della copia del contratto di abbonamento, anche in ragione della richiesta di pagamento di asserite e contestate somme. Lo studio incaricato del recupero del credito non forniva la copia del relativo contratto. Non avendo avuto riscontro l'istante depositava istanza di conciliazione al Corecom (UG/272896/2020) che si concludeva, in data 11 maggio 2021, con esito negativo. In data 31 maggio la Signora Panariello ha ricevuto un nuovo sollecito di pagamento per le fatture contestate". Richiedeva pertanto : lo storno delle fatture emesse e la copia del contratto.

2.La posizione dell'operatore L'Operatore Vodafone Italia spa ritualmente costituitosi nel procedimento a mezzo memoria difensiva di parte, eccepiva "Sostiene l'utente di aver sottoscritto con Vodafone dei contratti in relazione al numero di rete fissa 0xxxxxxx e ad una SIM dati associata al numero 3xxxxxxx cui era collegato anche il dispositivo R216 al costo complessivo mensile di € 30,00. Riferisce che, Vodafone, contrariamente agli accordi intercorsi avrebbe, invece, fatturato importi maggiori. L'utente, quindi, non pagava alcun corrispettivo negando, inoltre, di aver mai acquistato e ricevuto un dispositivo Apple Iphone 7 (IMEI 359206075076315). In via preliminare si eccepisce, altresì, l'inammissibilità e l'improcedibilità di eventuali richieste, anche economiche, formulate nel formulario GU14 che non siano coincidenti con quelle avanzate nell'istanza di conciliazione. Invero, eventuali domande eccedenti la richiesta trattata dinanzi al Co.Re.Com., dovranno essere considerate necessariamente improcedibili poiché per le stesse non risulta assolto l'obbligo del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione. Si chiede, in ogni caso, all'Autorità di verificare la coincidenza tra quanto richiesto in questa sede da parte ricorrente e le pretese oggetto della conciliazione. Parte istante chiede lo storno delle fatture insolute. Orbene l'odierna esponente evidenzia l'infondatezza delle richieste avanzate da parte ricorrente in quanto nessuna anomalia è stata riscontrata nella fatturazione emessa. Priva di rilievo giuridico, pertanto, appare la domanda di storno e di rimborso delle fatture avanzata dall'istante. La richiesta dell'utente, difatti è generica, non circostanziata e non puntuale nelle allegazioni in relazione agli asseriti e non provati errori di fatturazione. Non è, inoltre, neppure specificato l'esatto importo esatto degli addebiti contestati nelle fatture, a quali voci siano attinenti e quali siano le fatture effettivamente contestate. L'istanza, perciò, dovrà essere necessariamente rigettata. Ad ogni buon conto si pone poi in rilievo che nessun reclamo formale scritto, ovvero avente i requisiti previsti dalle condizioni generali di contratto, risulta essere pervenuto all'odierna esponente (all. 1). A ciò si aggiunga che, in virtù di quanto previsto dalle suddette condizioni, le singole fatture emesse possono essere contestate unicamente entro 45 giorni dalla loro emissione. In assenza di contestazioni, quindi, la fattura si intende accettata da parte dell'utente, come confermato dalle suddette condizioni. A sostegno di tale ultima eccezione, va richiamata una recente pronuncia del Co.Re.Com. Puglia (Del. N. 22 del 17/04/2017) in cui viene statuito, quale motivazione del rigetto dell'istanza di definizione della controversia, che: "la richiesta di storno della fattura debitoria non può essere accolta poiché agli atti non emergono contestazioni in ordine agli importi addebitati: si rammenta che è onere dell'utente sporgere reclamo onde consentire all'Operatore di eseguire le attività necessarie per la verifica e la rettifica delle somme contabilizzate". Ancora, deve evidenziarsi l'infondatezza della domanda nel caso di reclami tardivi. In tal caso, difatti, non è possibile produrre i dettagli del traffico telefonico e dati che possono

giustificare la legittimità degli addebiti in fattura e dimostrare l'effettuazione di traffico, concretandosi in tal modo una lesione del diritto di difesa del gestore. Infatti, per motivi legati alla tutela della riservatezza dei dati, gli stessi possono essere conservati per un periodo di tempo non superiore ai sei mesi. Agcom, del resto, si è espressa recentemente in tal senso, con la determina n. 49/15/DIT la quale ha statuito, in aderenza a quanto disposto dall'art. 123 del codice della Privacy, che: "gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione scritta possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre, e pertanto, dovendo consentire agli stessi l'esercizio pieno del proprio diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo". Fondamentale, quindi, si rivela essere il reclamo il quale ha la funzione, allo stesso tempo, di contestazione per l'utente e di avvertimento verso il Gestore al fine di permettergli le verifiche del caso e, se dovuti, gli eventuali rimborsi o storni. Parimenti rilevante è il diritto di difesa dell'operatore, costituzionalmente garantito come per ogni soggetto il quale non deve essere in nessun caso leso. Per permettere, quindi, al Gestore un esercizio pieno del proprio diritto di difesa, l'AGCOM ha inteso limitare le uniche fatture che possono essere prese in considerazione per eventuali controlli e/o verifiche a quelle emesse negli ultimi 6 mesi dalla data di presentazione del reclamo scritto. Per completezza, inoltre, sempre in tema di reclamo, è opportuno ribadire che, in forza di quanto previsto dalle Condizioni Generali di Contratto di Vodafone, l'utente ha in ogni caso l'onere di presentare reclamo per addebiti non riconosciuti entro 45 giorni dal ricevimento della fattura, al fine di permettere all'operatore gli opportuni controlli. In tal senso, invero, si sono, altresì, espressi il Tribunale di Milano ed il Tribunale di Roma, rispettivamente, con le sentenze n. 12054/12 e n. 9292/12, considerando come accettate le fatture non contestate. Per mera compiutezza difensiva, si riafferma che la presenza di reclami e segnalazioni su disservizi o altro assume, infatti, un peso dirimente ai fini dell'accoglimento delle istanze. Ci si riporta sul punto all'esauritiva raccolta di pronunce dell'Agcom che corroborano l'orientamento ormai consolidato secondo cui gli indennizzi – laddove accertata la responsabilità del gestore – vanno riconosciuti a partire dalla prima segnalazione provata agli atti dalla parte istante (Delibere n. 38/12/CIR, n. 22/13/CIR, n. 89/15/CIR, n.65/15/CIR, n. 22/16/CIR). Va menzionata la Del. 165/15/CIR, in cui viene rilevato che "non avendo l'utente mai inviato alcun reclamo all'operatore, nemmeno dopo aver ricevuto le prime fatture che sono a tutt'oggi ancora insolute, alcuna responsabilità può rinvenirsi in capo alla società telefonica che, ignara dell'esistenza di eventuali problemi, ha continuato ad emettere le fatture fino alla disdetta del contratto intervenuta dopo circa sei mesi dall'attivazione" e la Delibera DL/081/17CRL/UD del 5.6.2017 del Corecom Lazio con la quale è stato statuito che: "Tuttavia all'accoglimento della domanda osta quanto prescritto in tema di obbligo di conservazione e detenzione dei dati personali da parte del responsabile del trattamento (nel caso di specie l'operatore) dal D. Lgs. n. 196/2003. In particolare, l'art 123, comma 1 di tale Decreto prevede che "I dati relativi al traffico riguardanti abbonati ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazione sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2, 3 e 5". Il comma 2 dispone inoltre che "Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari ai fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale". Dalla lettura del citato articolo ne consegue che gli operatori telefonici, in presenza di una contestazione, possono conservare il traffico relativo all'ultimo semestre dalla proposizione della stessa e, pertanto, dovendo consentire agli stessi il pieno diritto di difesa, le uniche fatture che possono essere prese in considerazione sono quelle relative agli ultimi sei mesi dalla data in cui è stato presentato il reclamo." A ben vedere l'utente ha semplicemente omesso l'integrale pagamento delle fatture che sino alla data del 13.2.2018 erano state regolarmente pagate senza avanzare alcuna contestazione. Né, d'altra parte, alcuna contestazione era possibile in quanto le somme addebitate erano assolutamente conformi ai servizi e beni richiesti e alle condizioni economiche concordate (all.ti 2 e 3). Sotto il profilo amministrativo e contabile si precisa che l'utente è attualmente disattivo e risulta essere tuttora presente un insoluto di euro 944,52. Per tutto quanto sin qui esposto Vodafone Italia S.p.a. reitera le eccezioni più sopra indicate, contestando, altresì, le affermazioni dell'utente e, soprattutto, le richieste di indennizzo, storno e rimborso con conseguenziale, integrale, rigetto delle domande ex adverso avanzate in quanto infondate in fatto ed in diritto per i motivi esposti in narrativa. In via subordinata, infine, Vodafone richiede che nella denegata e sin da ora contestata ipotesi di accertamento di responsabilità, con conseguente condanna al pagamento di eventuale indennizzo, la somma oggetto di delibera venga stornata dall'importo totale insoluto,

ad oggi pari all'importo di euro 944.52. Si allega: 1- condizioni generali di contratto; 2- PDA del 22.7.2017; 3-PDA del 27.7.2017.

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. Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, l'istanza formulata dalla parte istante può essere parzialmente accolta per le motivazioni che seguono. L'utente muove le sue richieste dal presupposto del disconoscimento del contratto assunto come sottoscritto dal gestore Vodafone Italia spa. Il Corecom è tuttavia incompetente in materia di verifica dell'autenticità della firma, in quanto il disconoscimento cd. di autenticità, avente per oggetto la verità e la genuinità di una scrittura o della sottoscrizione su di essa apposta, è disciplinato dagli articoli 214 e 215 del codice di procedura civile e demandato all'autorità giudiziaria ordinaria (Cass. Sez. V, 22 gennaio 2004 n.935), esulando, pertanto, dall'ambito di applicazione del Regolamento ai sensi dell'articolo 2 della delibera n.173/07/CONS e, dunque, la relativa istanza non può essere presa in considerazione in questa sede (AgCom Delibera n. 45/12/CIR; conforme Delibera n. 51/10/CIR). Il disconoscimento, però, produce effetti e conseguenze significativi anche in questa sede. Ai sensi dell'art. 214 c.p.c. " Colui contro il quale è prodotta una scrittura privata se intende disconoscerla, è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione". Se un documento è stato formalmente disconosciuto, la parte che intende valersi della scrittura privata ha l'onere di chiederne la verifica ex art. 216 c.p.c.. Nel caso di specie, l'istante ha espresso un chiaro ed inequivoco disconoscimento del contratto e della sottoscrizione della proposta di abbonamento presentando anche denuncia-querela alla competente autorità di polizia giudiziaria. A seguito di tale formale disconoscimento del documento, l'operatore non ha avanzato richiesta di verifica. Sul punto anche il conforto di recente giurisprudenza (Cass. Civ. 2220/2012) secondo cui la mancata proposizione dell'istanza di verifica di una scrittura privata disconosciuta equivale, secondo la presunzione legale, ad una dichiarazione di non volersi avvalere della scrittura stessa come mezzo di prova, con la conseguenza che il giudice non deve tenerne conto. Quanto alla fatturazione, non vi è prova dell'utilizzo della sim 347405455 cui sarebbe stato vincolato l'IPHONE 7 né prova della consegna di tale terminale , prova il cui onere incombeva su Vodafone in ossequio al principio generale in tema di inadempimento contrattuale 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 cui 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 riferimento ai fatti oggetto di contenzioso, infatti, l'operatore si limita ad escludere la propria responsabilità confermando la regolarità degli addebiti, e allegando il contratto asseritamente sottoscritto dall'utente. D'altro canto, bisogna tenere presente anche che la denuncia di disconoscimento è molto tardiva rispetto alla stipula del contratto e rispetto all'avvio del procedimento dinanzi al corecom (addirittura successiva alle memorie del gestore), non solo. Agli Atti non risultano reclami di contestazione delle fatture fino ad una lettera dell'avv. Porcaro datata 18/11/2019 in cui si chiede al gestore copia del contratto. Ne consegue che, l'utente ha diritto allo storno di tutti gli importi relativi all'iphone 7 che l'utente dichiara di non aver mai richiesto né ricevuto. Spese di procedura compensate.

DETERMINA

- Vodafone Italia SpA (Ho.Mobile - Teletu), in parziale accoglimento dell'istanza del 07/07/2021, è tenuta a La società Vodafone Italia Spa è tenuta allo storno di tutti gli importi relativi all'iphone 7.

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