

DELIBERA N. 19

**XXXXXXXX XXXXXXXX S.R.L. / VODAFONE ITALIA SPA
(HO.MOBILE - TELETU)
(GU14/339843/2020)**

Il Co.Re.Com Abruzzo

NELLA riunione del Il Co.Re.Com Abruzzo del 08/04/2021;

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 modificato 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. 296/18/CONS;

VISTA la L.R. 24 agosto 2001 n. 45, istitutiva del Co.Re.Com Abruzzo;

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 19 novembre 2017;

VISTA la delibera n. 683/20/CONS del 17 dicembre 2020, recante “*Proroga dell’Accordo Quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, concernente l’esercizio delle funzioni delegate ai Comitati regionali per le comunicazioni e delle relative convenzioni*”;

RICHIAMATA la delibera del Co.Re.Com Abruzzo n. 1 del 26/01/2021 con la quale si è proceduto alla presa d’atto della delibera n. 683/20/CONS che ha disposto la proroga di un anno dell’Accordo Quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 e delle Convenzioni attuative concernenti l’esercizio delle funzioni delegate ai Co.Re.Com, in scadenza al 31/12/2020;

VISTA l’istanza di XXXXXXXX XXXXXXXX S.R.L. del 15/10/2020 acquisita con protocollo n. 0424984 del 15/10/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, assistita dalla Sig.ra Sonia Antenucci, deposita istanza di definizione per lamentare: “In riferimento alla situazione XXXXXXXX XXXXXXXX srl/Vodafone, come da telefonata intercorsa con un vostro operatore, riepiloghiamo dettagliatamente le operazioni eseguite, allegando la documentazione relativa.

Premesso che in data 27.05.2019 è' stata inviata una Richiesta di subentro da parte della Società XXXXXXXX XXXXXXXX srl ai contratti Top Food srl (Allegato 1) Segue -che l'ultima fattura ricevuta da Vodafone intestata Top Food srl è datata 06.09.2019 e copre il periodo 01.08.2019-02.09.2019 (Allegato 2) -che la prima fattura ricevuta da Vodafone intestata XXXXXXXX XXXXXXXX srl riferita alle SIM Top Food srl (oggetto di voltura) è stata ricevuta in data 13.09.2019 e copre il periodo 28.08.2019-09.09.2019 (Allegato .3) -che In data 20.11.2019 è stata inviata una pec per "Recesso per giusta causa" come Top Food srl e NON come XXXXXXXX XXXXXXXX srl (Allegato .4) -che dalla data di richiesta di recesso del servizio da parte di Top Food (in data 20.11.2019) non risulta esserci stato più alcun consumo. - che oggi nonostante le pec di recesso sia dalla Toop Food che dalla XXXXXXXX XXXXXXXX le sim ancora non sono state cessate e risultano attive nonostante che dalla data di richiesta di recesso Pec del 20.11.2019 non risulta esserci più consumo .".

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i) Storno delle fatture ad oggi insolute;
- ii) Disattivazione delle SIM per cui era stata richiesta la cessazione;
- iii) Emissione delle fatture corrette contenenti solo gli addebiti delle sei SIM rimaste attive come di seguito indicate: 345XXXX -348XXXX - 340XXXX -320XXXX -329XXXX -331XXXX;

Allega:

Fattura del 26/09/2019 intestata a Toop Food di € 908,90, riferita al periodo di fatturazione 01/08 – 02/09/2019;

Richiesta di cessazione di alcune SIM del 20/05/2020; modelli compilati della richiesta di subentro del 27/05/2019;

Fattura del 26/09/2019 intestata a XXXXXXXX XXXXXXXX di € 1.835,38, riferita al periodo di fatturazione 10/08 – 09/09/2019;

Recesso del contratto della Top Food del 20/11/2019;

Fattura del 26/08/2019 intestata a Toop Food di € 3.096,39, riferita al periodo di fatturazione 01/06 – 31/07/2019;

Comunicazione delle sim che devono restare attive del 29/05/2020;

2. La posizione dell'operatore

L'operatore evidenzia: "...l'infondatezza delle richieste avanzate da parte ricorrente in quanto nessuna anomalia è stata riscontrata nell'erogazione del servizio a favore della società istante.

Ad ogni buon conto si pone in rilievo che nessun reclamo formale scritto, ovvero avente i requisiti previsti dalle condizioni generali di contratto, risulta essere mai pervenuto all'odierna esponente in relazione alle problematiche oggetto del presente procedimento (cfr. 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 recentissima 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'esaustiva 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. 4Va 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 5.6.2017del Co.Re.Com 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 1di 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.”.

Si precisa, ad ogni buon conto, che la decisione assunta dalla XXXXXXXX XXXXXXXX S.r.l. di interrompere del tutto il pagamento delle fatture emesse da Gennaio 2020 ad oggi, per un importo complessivo di € 15.913,64, è assolutamente illegittima ed arbitraria, essendo del tutto evidente che l’avvenuta contestazione di alcune voci non poteva comunque giustificare l’integrale omesso pagamento dei documenti contabili emessi dal gestore, nei quali erano comprese voci non contestate ed in cui era registrato ingente traffico telefonico(cfr. all. 2).

Quanto sopra è affermato dalla delibera AGCOM 664/06/CONS, laddove esplicitamente si assume che “[...] L’utente che ha presentato formale reclamo all’operatore in merito all’addebito di un singolo bene o servizio, anche supplementare, può sospendere il pagamento fino alla definizione della procedura di reclamo.

L’utente è comunque tenuto al pagamento degli importi che non sono oggetto di contestazione.”. Tale principio, inoltre, come noto, è stato più volte ribadito anche dalla recente giurisprudenza. In particolare, la recentissima sentenza n.

2436/17-resa dal Tribunale di Roma in analogo giudizio incardinato da un altro utente nei confronti di Vodafone -ha affermato il principio per cui “Il rifiuto [di pagare le fatture] non poteva, tuttavia essere giustificato, come lo stesso XXXX assume, a compensazione dei disagi fino a quel momento sopportati, per i quali pure si accingeva a reclamare l’indennizzo nel procedimento amministrativo ed i maggiori danni davanti all’Autorità Giudiziaria.

Invero, la mera riduzione di funzionalità della linea telefonica avrebbe giustificato esclusivamente una iniziativa giudiziaria per il proporzionale accertamento della minore utilizzabilità della linea telefonica e eventualmente del conseguente pregiudizio, ma non lo autorizzava a procedere in via di autotutela al rifiuto di pagare l’intero corrispettivo della somministrazione, eccezionalmente ammesso solo in caso di totale inadempimento, a mente dell’art. 1460 c.c., pure in presenza di contratto che lo obbligava al pagamento delle fatturazioni senza riserve”.

Nel merito, relativamente alla richiesta di indennizzo e storno, si eccepisce che in base a quanto stabilito dalla Delibera 353/2019/CONS, articolo 20, comma 4, “L’Organo Collegiale, ove riscontri la fondatezza dell’istanza, con il provvedimento che definisce la controversia ordina all’operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell’utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità”.

Ne deriva, pertanto, l’inammissibilità di ogni richiesta risarcitoria del danno, espressamente esclusa dalla normativa Agcom, e delle richieste avanzate a titolo di indennizzo, storno e rimborso. Manca, inoltre, una qualsiasi imputazione ad una specifica norma del Contratto, della Carta dei servizi nonché delle Delibere AGCOM, così come richiesto, invece, dalla suddetta Delibera. Né, tanto meno, la parte ricorrente ha prodotto prove a sostegno della propria tesi che possano,

conseguentemente, comportare una dichiarazione di responsabilità del gestore odierno scrivente.

Vodafone, infine, rileva l'assenza di reclami scritti inoltrati da parte ricorrente.

Pertanto, in virtù di quanto statuito dall'art. 14, comma 4, della Delibera 347/18/CONS: "Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte."-2.4Sotto il profilo amministrativo e contabile si precisa che l'utente è attualmente attivo e risulta essere tuttora presente un insoluto di € 15.913,64

Allega:

1. Fatture Vodafone;
2. Condizioni generali di contratto.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante risultano non accoglibili per le ragioni che si procede ad illustrare.

Nell'istanza di definizione viene contestato all'operatore convenuto la mancata cessazione di alcune sim riferite al contratto cui l'istante è subentrato a seguito di richiesta effettuata in data 27/05/2019.

Secondo l'istante, Vodafone, nonostante la richiesta di cessazione delle numerazioni indicata nella stessa, avrebbe continuato ad emettere fatture contenenti addebiti riferiti anche alle sim che andavano disattivate.

Chiede per tali ragioni lo storno dell'insoluto in essere, la disattivazione delle SIM in parola e la regolarizzazione della fatturazione per i costi effettivamente dovuti.

Dalla disamina della documentazione in atti è emerso innanzitutto che il subentro richiesto in data 27/05/2019 dall'istante ai contratti intestati alla società Top Food è stato espletato regolarmente da Vodafone a partire dal 10/08/2019 come peraltro si evince dalla fatture allegate dalla società XXXXXXXX XXXXXXXX, ed in particolare nella prima fattura intestata alla società XXXXXXXX XXXXXXXX del 26/09/2019 di € 1.835,38, riferita al periodo di fatturazione 10/08 – 09/09/2019.

Relativamente alla asserita mancata richiesta di disattivazione delle SIM, la società istante ha dichiarato in particolare che: “In data 20.11.2019 è stata inviata una pec per “Recesso per giusta causa” come Top Food srl e NON come XXXXXXXX XXXXXXXX srl (Allegato .4) -che dalla data di richiesta di recesso del servizio da parte di Top Food (in data 20.11.2019) non risulta esserci stato più alcun consumo. - che oggi nonostante le pec di recesso sia dalla Toop Food che dalla XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX le sim ancora non sono state cessate e risultano attive nonostante che dalla data di richiesta di recesso Pec del 20.11.2019 non risulta esserci più consumo.”.

Nel fascicolo elettronico risulta depositato dall'istante una richiesta di recesso del contratto n° 7.2158091 trasmesso a Vodafone via pec in data 20/11/2019 da parte della società Top Food ed una nota datata 20/05/2020 della società istante con la quale veniva richiesto all'operatore convenuto di procedere alla cessazione di n° 36 sim dati e n° 11 sim ricaricabili.

Ebbene, dall'esame di detti documenti è emerso con chiarezza le ragioni della mancata disattivazione delle n° 36 sim dati e n° 11 sim ricaricabili. In primis la richiesta di recesso cui l'istante fa riferimento del 20/11/2019 non poteva essere gestita dall'operatore in quanto pervenuta da parte di un soggetto estraneo al rapporto contrattuale e quindi carente di legittimazione attiva, atteso che la Top Food a quella data non era più intestataria del contratto ceduto nel frattempo alla società XXXXXXXX XXXXXXXX.

Quanto alla nota del 20/05/2020 a firma dell'amministratore della società XXXXXXXX XXXXXXXX si rileva che la stessa risulta priva dell'attestazione di spedizione e consegna all'operatore e quindi carente di qualsiasi valore probatorio. A

ciò si aggiunga che dalle fatture depositate nel fascicolo documentale, successive alla data del 20/11/2019, risulta peraltro presente abbondante traffico telefonico a riprova che le sim che sarebbero dovute essere cessate, come sostenuto dall'istante, sono invece state utilizzate regolarmente.

Va inoltre evidenziato che nessuna segnalazione risulta essere stata trasmessa al gestore in ordine alla mancata disattivazione delle utenze.

A tal proposito si rammenta che il consolidato orientamento dell'Autorità è dell'avviso che, in assenza di segnalazione da parte del cliente, il gestore non può venire a conoscenza del supposto disservizio o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dallo stesso. In altri termini, l'onere della prova della risoluzione della problematica lamentata ricade sul gestore, ma è inconfutabile che sul cliente incomba l'onere della segnalazione del problema (ex multis, 130/12/CIR; 22/16/CIR; 48/18/CIR; 111/18/DTC; 180/18/CIR; 133/18/ DTC).

E' evidente che da quanto sopra osservato nessuna responsabilità può essere ascrivibile a Vodafone per la mancata cessazione delle n° 36 sim dati e n° 11 sim ricaricabili, atteso che nessuna richiesta in tal senso risulta essere stata effettivamente formalizzata dall'istante, ne lo stesso si è premurato di segnalare tale problematica al gestore.

Ne consegue che le richieste dell'istante non possono in nessun modo essere accolte.

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

DELIBERA

Articolo 1

1. 1. Il Co.Re.Com Abruzzo rigetta integralmente l'istanza presentata dalla società XXXXXXXX XXXXXXXX nei confronti dell'operatore Vodafone per le ragioni sopra evidenziate.

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.

L'Aquila 08/04/2021

F.to
IL PRESIDENTE
Dott. Ricardo Chiavaroli

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.