

DELIBERA N. 195/2022/CRL/UD del 08/09/2022

**EMANUELE TORRICELLI / VODAFONE ITALIA SPA (HO.MOBILE -
TELETU)**

(GU14/324442/2020)

Il Corecom Lazio

NELLA riunione del 08/09/2022;

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;

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 di E. Txxx del 09/09/2020 acquisita con protocollo n. 0367443 del 09/09/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L'istante riferisce: “Nell'anno 2017 attiva, presso centro commerciale, proposta telefonica Vodafone. Il consulente, contestualmente, consegnava il modem ma nessuna copia del contratto. Successivamente veniva informato da operatore che l’offerta attivata presso il centro commerciale non era più possibile attivarla e ne attivava un’altra sempre senza sottoscrizione del contratto cartaceo. Oltre a effettuare il passaggio con l’utenza domestica attiva anche una sim 3403xxxxxx con richiesta di portabilità della stessa. Fin da subito, parte istante ha notato che l’offerta non era conforme a quanto comunicato dall'operatore telefonico e le fatture erano sempre molto elevate inoltre la linea voce evidenziava continui fruscii e fastidiosi eco per non parlare della lentissima navigazione internet. A ottobre 2018, visto il persistere dei disservizi nonché gli aumenti unilaterali effettuati da Vodafone decide di recedere. In seguito vengono ricevute fatture con importi spropositati contenenti addebiti di penali e altri costi non dovuti. A febbraio 2020, dopo aver ricevuto ennesima richiesta di pagamento si invia reclamo scritto rimasto inevaso fino ad oggi!”. Su quanto assunto ha richiesto: STORNO INSOLUTO, RIMBORSO SOMME PAGATE E NON DOVUTE, INDENNIZZO PER MALFUNZIONAMENTO SERVIZI, INDENNIZZO PER MANCATA RISPOSTA AI RECLAMI, INDENNIZZO PER ATTIVAZIONE PROFILI NON RICHIESTI, INDENNIZZI VARI, SPESE DI PROCEDURA.

2. La posizione dell’operatore

Il gestore si è così difeso: “Vodafone evidenzia l’infondatezza, in fatto oltre che in diritto, delle richieste avanzate da parte ricorrente in quanto nessuna anomalia è stata riscontrata nell’erogazione del servizio a favore del Sig. Torricelli. Nello specifico, difatti, si pone in rilievo che non risultano presenti segnalazioni aventi ad oggetto eventuali disservizi o malfunzionamenti (cfr. all. 1). La scrivente società, inoltre, rileva di aver correttamente applicato le condizioni contrattuali pattuite e di aver, altresì, comunicato le modifiche unilaterali delle medesime, con annessa possibilità di recedere o migrare in esenzione costi, nelle fatture AH225644684, AI02605914, AI06476660, AI10400113 e AI14364047 (cfr. all. 2). Quanto sopra, invero, in ossequio alla normativa di settore. A ciò si aggiunga che, in virtù di quanto previsto dalle condizioni generali di contratto, le singole fatture emesse possono comunque essere contestate

unicamente entro 45 giorni dalla loro emissione (cfr. all. 3). In assenza di contestazioni, quindi, la fattura si intende accettata da parte dell'utente. 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'eshaustiva 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.". In virtù di quanto sopra esposto, pertanto, la domanda di indennizzo avanzata dovrà essere necessariamente rigettata. Nel merito, poi, 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. In ultima analisi si eccepisce che la domanda dell'utente deve, comunque, essere rigettata poiché lo stesso non ha evitato, come avrebbe potuto usando l'ordinaria diligenza, il verificarsi del lamentato danno. L'art. 1227 c.c., difatti, statuisce che: "se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza". Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, invero, l'ordinaria diligenza sopra citata si specifica nell'attivarsi positivamente secondo le regole della correttezza e della buona

fede, ex art. 1175 c.c., con il limite delle attività che non siano gravose oltre misura (Cass. Civ. Sez. I, 12439/91). In relazione, poi, al grado di colpa in cui si attua la negligenza del creditore, deve essere rilevato che le Sezioni Unite della Cassazione affermano come un comportamento omissivo caratterizzato dalla colpa generica sia sufficiente a fondare il concorso di colpa del creditore/danneggiato. L'Agcom, quindi, ha recepito il summenzionato principio, così stabilendo in una recente Delibera: “deve richiamarsi, al riguardo, il principio espresso dalle Linee guida di cui alla delibera n.276/13/CONS secondo cui “per la liquidazione degli indennizzi, si deve fare attenzione alla possibile applicazione di alcuni principi generali stabiliti dall'ordinamento, come, per esempio, quello di cui all'art. 1227 cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore. In altre parole, se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto” (Del. N. 23/17/CIR). Sotto il profilo amministrativo e contabile si precisa che l'utente è attualmente disattivo e risulta essere tuttora presente un insoluto di euro 588,93. 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 588,93”.

3. 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. Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno. L'indennizzo richiesto non rientra nelle ipotesi indennizzatorie di cui Allegato A della delibera 73/11/CONS in quanto, trattasi, in realtà, di una ipotesi risarcitoria e non indennizzatoria. Sono, dunque, escluse dalla disamina che segue le richieste indennizzatorie (ma di fatto risarcitorie) avanzate dall'utente, ad eccezione di quelle che, in ossequio ad un principio di economia procedimentale e ragionevolezza dell'azione amministrativa secondo quanto disposto al punto III.1.3 della delibera Agcom n. 276/13/CONS, possono essere intese ed interpretate, con un'ottica di favore per l'utente, come richieste di indennizzo da disporsi in seguito all'accertamento di uno o più inadempimenti contrattuali da parte dei due gestori, ove la disamina delle

deduzioni di parte istante, lo consenta. Quanto, alla legittimità della condotta di Vodafone si osserva quanto segue. 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. In base a tale criterio interpretativo del riparto probatorio, chi contesta contenuto e validità del contratto, come in questo caso, deve quantomeno dare evidenza documentale di ciò che afferma (contratto siglato, condizioni tariffarie attese/promesse e raffronto con quelle effettivamente applicate nelle fatture contestate) o quantomeno, in difetto di tali documenti, circostanziare i fatti, la tipologia di offerta, la tipologia di costi ritenuti non conformi, sì da mettere in condizione il difensore di ricostruire la vicenda eventualmente reperendo aliunde le evidenze probatorie (sempre in ottica di agevolazione dell'utente); nulla di tutto ciò è presente nelle memorie svolte, laddove non viene menzionata la tipologia dell'offerta, la tipologia di costi ritenuti non conformi, il piano tariffario; né sono state prodotte le fatture con il dettaglio delle somme ritenute indebite in modo da ricostruirne natura e conformità a quanto asseritamente pattuito. In primo luogo, rilevano le modalità di redazione dell'istanza, generica e indeterminata, che ne precludono ogni valutazione nel merito. L'utente si limita a lamentare i malfunzionamenti senza tuttavia minimamente circostanziare gli stessi e le relative segnalazioni inoltrate al gestore. È evidente che tratta di una descrizione dei fatti insufficiente alla verifica dei tempi, circostanze e natura del disservizio lamentato. Né l'utente ha prodotto alcun documento atto a supportare la generica rappresentazione dei fatti. Si assiste, infatti, nel caso de qua al mancato assolvimento del minimo onere di allegazione di fatti e circostanze da parte dell'istante, alla genericità, anche temporale, delle contestazioni, alla mancanza in atti di elementi sufficienti per valutare la condotta dell'operatore. Stante dunque l'impossibilità di accertare l'"an", il "quomodo" ed il "quantum" del verificarsi del disservizio, non sussistono gli estremi per la liquidazione di un qualsivoglia indennizzo a titolo di "disservizio" per malfunzionamento. Non solo. Per espressa previsione normativa dell'Autorità, ogni eventuale indennizzo richiesto ai sensi degli artt. 6, 8, 9 e 11, non può prescindere dalla presentazione di un reclamo formale, così come previsto dall'art. 13 delibera 347/18/CONS, requisito che non trova riscontro all'interno del fascicolo

documentale. Non solo, secondo la previsione dell'art. 14 co. 4 delibera 347/18/CONS, il reclamo deve essere necessariamente caratterizzato da "continenza, in termini di tempo, rispetto al disservizio lamentato ("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"). Qui l'utente non ha fornito prova di avere contestato al gestore la fattura oggetto del presente procedimento né i disservizi subiti. Sul punto l'orientamento dell'AGCOM e dei CORECOM non lascia spazi interpretativi. In tema di disservizi indennizzabili la normativa di settore, e in particolare la delibera 69/11/CIR nonché unanime orientamento dell'Autorità in materia, ha ritenuto che "Non è possibile affermare la sussistenza della responsabilità dell'operatorequalora l'utente non provi di avere inoltrato, prima di rivolgersi all'Autorità, un reclamo all'operatore. Infatti, in assenza di reclamo, il gestore non può avere contezza del disservizio e non può, quindi provvedere alla sua risoluzione" (per tutte valgano le delibere AGCOM n. 100/12/CIR, 127/12CIR, 130/12/CIR, 82/12/CIR, 38/12/CIR, 69/10/CIR). La mancanza di opportune segnalazioni o reclami pertanto, assume un particolare rilievo in questa sede, secondo quanto stabilito dall'Autorità, attraverso una consolidata applicazione della richiamata delibera n. 179/03/CSP e s.s. m.m., che pone in diretta correlazione l'obbligo dell'operatore di provvedere al ripristino del servizio con l'obbligo dell'utente di porre la controparte nella condizione di provvedervi, attraverso una tempestiva segnalazione della problematica. Chiarisce infatti l'Autorità (v. ex multis delibera n. 69/11/CIR) che in presenza di qualsivoglia disservizio l'intervento del gestore è doveroso ed esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente. Applicando il principio generale appena enunciato al caso concreto, va da sé che se l'utente, che ha sottoscritto il contratto ad agosto 2016 non ha contestato l'errata fatturazione al gestore questi non abbia potuto provvedere alle opportune verifiche e provvedere, eventualmente, alla soluzione del disservizio occorso. A tal proposito valga richiamare anche la delibera 276/13/CONS "Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CORECOM in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche" laddove, espressamente, afferma che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente, creditore dell'indennizzo per inadempimento, ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto..... in aggiunta l'Autorità ha puntualizzato che, con riferimento ai criteri temporali per il calcolo dell'indennizzo, ed in applicazione dei principi di proporzionalità ed equità, se dal comportamento tenuto dall'utente può desumersi un totale disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (ad es. perché per mesi o addirittura anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito), il predetto calcolo va fatto decorrere dal momento dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l'operatore. Non

rinvenendosi agli atti alcun valido reclamo sul punto le domande inoltrate vengono rigettate.

DELIBERA

Articolo 1

1. Il rigetto dell'istanza presentata dal Sig. Txxx.
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 Deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it), raggiungibile anche da link del sito di questo Corecom.

Roma, 08/09/2022

Il Dirigente

Dott. Roberto Rizzi

Il Presidente

Avv. Maria Cristina Cafini

f.to