

DELIBERA N. 17 /2018

Oggetto: Approvazione della proposta di definizione della controversia tra XXX e H3G GU14 n. 39/2016

Il 15 ottobre 2018, alle ore 15, presso la sede del Consiglio - Assemblea legislativa delle Marche, in Piazza Cavour n. 23 ad Ancona, si è riunito il Comitato Regionale per le Comunicazioni delle Marche (Corecom Marche).

Sono presenti il Presidente, Cesare Carnaroli; il Vicepresidente, Domenico Campogiani, e il componente, Manuele Maffei.

Assiste il dirigente del Servizio Supporto agli Organismi Regionali di Garanzia, Elisa Moroni, anche con funzione di Segretario del Corecom Marche.

IL CORECOM MARCHE

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità) e la legge 31 luglio 1997, n. 249 (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 (Codice delle comunicazioni elettroniche);

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto il 21 novembre 2017;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni, sottoscritta tra l'AGCOM, il Consiglio regionale delle Marche, la Giunta regionale delle Marche e il Corecom, il 28 dicembre 2017 e, in particolare, l'articolo 5, comma 1, lettera e);

VISTA la delibera AGCOM n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007 (Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti), di seguito denominato "Regolamento", e la delibera AGCOM n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 (Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori) di seguito denominato "Regolamento indennizzi";

VISTA la legge regionale 27 marzo 2001, n. 8 (Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni – Corecom);

VISTA l'istanza prot. n. 1904 del 8 aprile 2016, con cui la società istante chiedeva l'intervento del Corecom per la definizione della controversia in essere con la H3G, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento;

VISTA la nota prot. n. 3077 del 31 maggio 2016, con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi degli articolo 15 e 16 del Regolamento, l'avvio del procedimento e la convocazione per l'udienza di discussione del 28 luglio 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

ESAMINATO il verbale di udienza del 28 luglio 2016 e quello successivo del 22 settembre 2016 chiuso senza l'accordo delle parti;

UDITA la proposta di decisione del responsabile del procedimento;

CONSIDERATO, in particolare, quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La Società istante lamenta la mancata portabilità di due numerazioni mobili e il disconoscimento delle fatture emesse dall'operatore. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nella memoria integrativa e nel corso dell'udienza di discussione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- a. nel mese di marzo 2015 l'istante sottoscriveva un contratto con l'operatore H3G chiedendo la portabilità di due numerazioni mobili;
- b. sono state recapitate 3 SIM dati anziché 2 SIM, mai usate perché dietro consiglio del commerciale l'utente avrebbe dovuto inserirle solo quando la portabilità sarebbe avvenuta e le originarie SIM avrebbero smesso di funzionare;
- c. la portabilità non è mai andata a buon fine e l'istante ha continuato sempre a stare con il vecchio gestore Telecom;
- d. con reclami telefonici e scritti l'utente ha chiesto il disconoscimento di tutte le fatture emesse, ma non ricevendo alcuna risposta in merito ha adito il Corecom Marche;
- e. il 15 marzo 2016 si svolgeva udienza di conciliazione che si concludeva con un mancato accordo;
- f. il 28 luglio 2016 si svolgeva la prima udienza di definizione rinviata al 22 settembre 2016 per ampliamento istruttorio che si concludeva con un mancato accordo.

In base a tali premesse, l'istante ha richiesto, quanto segue:

- i. la chiusura del contratto con storno delle fatture emesse e ritiro della pratica di recupero crediti;
- ii. un indennizzo di euro 300,00 (trecento/00) per la mancata risposta ai reclami;
- iii. un indennizzo per i disagi causati dalla mancata portabilità e trasparenza contrattuale e il riconoscimento di indennizzo per i pomeriggi trascorsi a denunciare al servizio clienti i disservizi subiti.

2. La posizione dell'operatore

H3G, con memoria, depositata nei termini previsti nell'avvio della procedura, ha chiesto il rigetto dell'istanza di definizione per inammissibilità di ogni richiesta relativa alla chiusura del contratto e di ogni richiesta risarcitoria del danno e delle richieste avanzate a titolo di indennizzo per i disagi causati dalla mancata portabilità. Nel merito ha chiesto il rigetto delle domande avanzate sia per lo storno delle fatture che per l'indennizzo della mancata risposta ai reclami in quanto infondate.

In particolare, la H3G ha dedotto quanto segue:

- a) preliminarmente, l'incompetenza dell'adito Corecom a statuire sulla richiesta di chiusura del contratto e di risarcimento danni dei disagi subiti dall'utente essendo la competenza del presente procedimento limitata all'eventuale condanna dell'operatore al rimborso/storno di fatture o alla liquidazione degli indennizzi;
- b) nel merito, l'operatore ha precisato che le contestazioni di parte ricorrente sono riferite alle numerazioni mobili 393-887XXXX 392-826XXXX attivate il 4 marzo 2015 con piano tariffario "inTrenet.dat" ed associate alla vendita a rate di due terminali Samsung Note 4 con vincolo contrattuale di 24 mesi;

- c) dal contratto allegato in atti si evince che l'utente si è limitato ad attivare due nuove utenze con H3G, senza mai sottoscrivere alcuna richiesta di portabilità delle stesse;
- b) l'istante, inoltre, non ha mai presentato reclami scritti per contestare la mancata portabilità delle numerazioni oggetto del presente giudizio, diversamente una pronta segnalazione avrebbe consentito all'operatore di effettuare verifiche ed adottare, semmai, provvedimenti utili per soddisfare le richieste del Sig. XXX;
- c) le utenze interessate sono utenze dati in cui la portabilità del numero è un' aspetto secondario non essendo le numerazioni utenze di recapito;
- d) a fronte della fornitura di due utenze, con associati due terminali top gamma, l'utente ha pensato di non corrispondere alcuna somma per le relative rate e di poter recedere anticipatamente senza pagare i costi di recesso;
- e) ad oggi, infatti, il Sig. XXX è debitore di H3G della somma di euro 1.972,86 (millenovecentosettantadue/86 centesimi) dovuta al pagamento di diverse fatture allegate in atti;
- f) infatti, l'interruzione anticipata del contratto, per esclusivo inadempimento imputabile all'istante, ha generato l'emissione della fattura n. 158941XXXX di recesso anticipato oltre alla fattura n. 168800XXXX del 7 febbraio 2016 di euro 969,89 (novecentosessantanove/89) per rate residue relative agli apparati forniti;
- g) alla luce delle suddette considerazioni, nessuna responsabilità può essere ravvisata nell'operato gestionale della H3G avendo la stessa erogato il proprio servizio a favore dell'utente nel rispetto delle condizioni contrattuali pattuite, così come evidente che il disconoscimento delle fatture effettuate dall'istante non possa certo esimerlo dal pagamento di quanto dovuto.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante nei confronti di H3G devono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato.

A) Preliminarmente, nel rito, le eccezioni formulate da H3G devono essere accolte e, pertanto, sono da rigettare le richieste volte a una pronuncia dichiarativa della risoluzione del contratto nonché quelle di indennizzo per i disagi subiti, poiché entrambe estranee alla cognizione del presente procedimento, così come definita dall'art. 19, comma 4, della delibera n. 173/07CONS (cfr., per tutte, Corecom Lazio delibera n. 5/13/CRL; Agcom delibera n. 102/11/CIR; Corecom Marche delibera n. 76/16/CRM). Sul punto, inoltre, si osserva che le utenze sono state comunque già disattivate in data 4 dicembre 2015.

Pertanto, l'istanza proposta nei confronti di H3G soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento solo relativamente alla richiesta di storno delle fatture emesse e alla domanda di indennizzo per mancata risposta ai reclami, tutte richieste formulate in sede conciliativa e fondate espressamente sulla normativa vigente, sul contratto stipulato e le carte dei servizi di H3G oltre che sulla normativa e gli orientamenti provenienti dall'Agcom.

B) Nel merito, oggetto della contestazione è la mancata portabilità delle proprie utenze mobili dal gestore *donating* (TIM) al gestore *recipient* (H3G) e la conseguente illegittima fatturazione.

In ossequio 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 (v., per tutte, Cass., SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass., SS. UU., 6 aprile 2006, n. 7996), 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 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.

Nella fattispecie incombeva, dunque, all'istante allegare il contratto sottoscritto con H3G ed allegare eventuali reclami scritti inviati all'operatore circa il disservizio lamentato (cioè la mancata portabilità), mentre incombeva a H3G provare di aver attivato le due numerazioni mobili nei termini contrattuali previsti e di aver erogato il servizio in maniera continuativa, ovvero, provare i motivi tecnici che non hanno consentito l'attivazione entro i termini contrattuali o non hanno consentito una regolare erogazione del servizio.

Secondo la ricostruzione operata da H3G, in base al contratto depositato in atti, controparte si è limitata ad attivare due nuove utenze con H3G, senza mai sottoscrivere alcuna richiesta di portabilità delle stesse. Trattasi, inoltre, di utenze dati in cui la portabilità del numero è evidentemente un aspetto secondario non essendo delle numerazioni di recapito.

L'istante, invece, nel corso della prima udienza di discussione del 28 luglio 2016 ha precisato che l'utente risulta aver acquistato solo un terminale Samsung Note 4 come risulta dallo stesso contratto depositato da H3G e non due terminali e di aver ricevuto numero 3SIM mai utilizzate; sempre alla stessa udienza ha richiesto l'acquisizione dei reclami scritti inviati dall'Agenzia XXX Fabio (cod. rivenditore 78327XXXXX), nonché l'acquisizione del modulo della portabilità inviato dalla stessa agenzia ad H3G. Nei termini autorizzati dall'allargamento istruttorio, autorizzato ex articolo 18, comma 2, della delibera n. 173/07/CONS, sono stati depositati copia del contratto contenente la richiesta di portabilità delle numerazioni mobili e le email inviate dall'Agenzia XXX Fabio al Servizio Clienti di H3G circa il disservizio subito dall'utente mentre, alla successiva udienza di discussione del 22 settembre 2016, l'istante ha depositato fisicamente numero 3 SIM dati mai utilizzate inviate da H3G, perché ancora incartate, e ha precisato che il numero dei terminali consegnati è riferibile solo ad numero 1 NOTE 4 BLACK Samsung, peraltro, non funzionante.

Alla stessa udienza del 22 settembre 2016, dopo lunga discussione e a fronte di un' offerta conciliativa formulata dall'operatore, le parti hanno deciso di spedire l'istanza in definizione.

All'esito dell'allargamento istruttorio condotto risulta provata l'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'utente e il gestore telefonico e risulta altresì provata la richiesta di portabilità delle due numerazioni mobili oggetto del presente giudizio. Dal contratto deposito si evince che l'offerta stipulata con H3G prevedeva l'acquisto di un solo terminale e le fatture insolute prodotte da H3G recano tutte somme inerenti la quota di attivazione del contratto, dei canoni e delle rate per l'acquisto dei terminali senza alcun addebito del traffico telefonico o di rete (trattasi di utenze dati) perché non effettuato.

In virtù dell'allargamento istruttorio compiuto, ne consegue che risulta provata la mancata lavorazione della portabilità delle utenze mobili dal gestore *donating* (TIM) al gestore *recipient* (H3G) per cause imputabili all'operatore e la conseguente illegittima fatturazione emessa da H3G, eccettuate le rate residue dell'apparato consegnato. Infatti, per diretta ammissione di parte istante, è stato consegnato e trattenuto numero 1 NOTE 4 BLACK a nulla rilevando la circostanza che sarebbe stato consegnato un apparato non funzionante.

A fronte dell'inesatto adempimento dell'obbligazione da parte di H3G per cause imputabili allo stesso risultano illegittime anche le fatture contenenti i costi di recesso. Conseguentemente l'operatore H3G dovrà provvedere alla regolarizzazione della posizione contabile-amministrativa dell'istante stornando le fatture emesse e ricalcolando le sole rate residue del NOTE 4 BLACK consegnato all'utente.

In virtù dei reclami depositati si ritiene, infine, di poter indennizzare la mancata risposta ai reclami di cui all'articolo 11 della delibera n. 73/11/CONS (ALL. A), nell'importo massimo di euro 300,00 (trecento/00).

C) Sulle spese del procedimento

Atteso l'esito dell'istruttoria condotta nonché il comportamento tenuto dalle parti durante l'intera procedura, si ritiene ragionevole, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, delibera 173/07CONS, che H3G provveda alla corresponsione della somma di euro 100,00 (cento/00) in favore del Signore XXX a titolo di rimborso delle spese di procedura.

CONSIDERATO, per quanto precede, che la domanda formulata dal Signor XXX nell'istanza di definizione della presente controversia vada accolta parzialmente;

UDITA la relazione del consigliere Emanuele Maffei;

Con votazione all'unanimità, resa in forma palese;

DELIBERA

a definizione della controversia tra l'utente XXX e l'operatore H3G:

1. di accogliere parzialmente l'istanza prot. n. 1904 del 8 aprile 2016 avanzata dal Sig.XXX contro la H3G e conseguentemente la H3G è tenuta:
 - a) a stornare tutte le fatture emesse ricalcolando le sole rate residue riferite a numero 1 NOTE 4 BLACK con conseguente regolarizzazione della posizione contabile-amministrativa dell'utente;
 - b) a liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante, la somma di euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami oltre euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura;
2. di dare atto che il presente 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;
3. di dare atto che la presente delibera può essere impugnata davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso;
4. di dare atto che l'utente può chiedere, in sede giurisdizionale, il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito;
5. di dare mandato all'ufficio competente di notificare alle parti la presente delibera e di pubblicarla sul sito web del Corecom Marche (www.corecom.marche.it); nonché di trasmetterla all'Autorità (www.agcom.it).
La Società H3G è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il Presidente
(Cesare Carnaroli)

Il Consigliere relatore
(Emanuele Maffei)

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
Il Dirigente del Servizio Organismi regionali di garanzia
(Elisa Moroni)

La presente deliberazione si compone di 5 pagine.

Il segretario
(Elisa Moroni)