



DELIBERA N.	5/2015
Тітого	2015.1.10.4.1
	1.10.21/699
LEGISLATURA	X

Il giorno 16 febbraio 2015 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il Corecom dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIOVANNA COSENZA Presidente

MARINA CAPORALE Vicepresidente

Mauro Raparelli Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa Primarosa Fini.

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA X E H3G X E VODAFONE OMNITEL X



Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

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", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

Visto il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante "Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)", in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni, di seguito "Regolamento";

Vista la delibera Agcom n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante "Regolamento in materia dei indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori", di seguito "Regolamento indennizzi";

Vista la delibera Agcom n. 276/13/CONS, dell'11 aprile 2013, recante "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

Vista la delibera Agcom 274/07/CONS, del 6 giugno 2007, recante "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso";

Vista la delibera Agcom n. 78/08/CIR, del 26 novembre 2008, recante "Norme riguardanti la portabilità del numero mobile";

Viste le Delibere Agcom nn. 14/10/CIR, 88/08/CIR, 84/09/CIR, 102/12/CIR, 23/12/CIR, 24/12/CIR, 27/12/CIR, 46/12/CIR, 61/12/CIR, 68/12/CIR, 81/12/CIR, 86/12/CIR, 91/12/CIR, 147/11/CIR; 118/12/CIR;

Viste le Delibere Corecom Emilia-Romagna n. 16/11, 17/11, 33/11 e 38/11; la Delibera Corecom Lazio n. 8/10; la Delibera Corecom Umbria n. 14/12; la Determinazione Corecom Abruzzo n. 30/12;

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);

Visti gli atti del procedimento;

Vista la relazione e la proposta di decisione della Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini (NP.2015.365);

Udita l'illustrazione svolta nella seduta del 16.02.2015;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta la mancata portabilità dell'utenza n. X da Vodafone Omnitel X (di seguito Vodafone) a H3g X (di seguito H3g), l'attivazione di sim non richieste, la non correttezza della conseguente fatturazione e la mancata risposta al reclamo. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione, l'istante dichiara quanto segue:

- di aver stipulato a giugno 2009 un contratto con H3g volto a portare la sopracitata numerazione dal precedente gestore Vodafone e che comprendeva anche la consegna di un cellulare e la fruizione di una tariffa agevolata;
- di non essersi accorta che il contratto firmato era "in bianco";
- di aver ricevuto fatture da H3g che contabilizzavano importi per sim non richieste e non utilizzate;
- di aver inizialmente pagato le fatture di H3g per euro 153,50;
- di aver rivolto ad H3g in data 12.01.2010 un reclamo scritto, rimasto senza risposta, e di aver successivamente provveduto alla revoca del RID bancario;
- di aver poi richiesto ad H3g in data 14.01.2010 la risoluzione del contratto;
- di aver ricevuto, infine, sia dei solleciti di pagamento per le fatture non saldate per un importo complessivo di euro 714,72 sia una cartella esattoriale per euro 140,92 a titolo di tasse di concessione governativa (tcg), pagata all'Agenzia delle Entrate.

In base a tali premesse, l'utente richiede:



- 1) la risoluzione senza spese del contratto;
- 2) lo storno dell'intera posizione debitoria e il ritiro a cure e spese di H3g della pratica di recupero del credito;
- 3) il rimborso da parte di H3g di euro 153,50;
- 4) il rimborso da parte di H3g di euro 140,92;
- 5) l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo per euro 300,00;
- 6) l'indennizzo per il ritardo di 228 gg. nella migrazione per euro 3.420,00;
- 7) l'indennizzo per il ritardo nella risoluzione del contratto;
- 8) il rimborso delle spese legali per euro 150,00.

2. La posizione degli operatori

La società H3g chiede il rigetto delle domande dell'istante e dichiara innanzitutto che la numerazione X non è mai entrata nella propria gestione. Conferma poi la correttezza dell'attivazione delle due ulteriori numerazioni X e X, che si rendeva necessaria rispettivamente per "sovrascrivere l'utenza X" e per fruire del terminale promesso e della tariffa agevolata concordata. Quanto al mancato espletamento della portabilità il gestore afferma che esso è da imputarsi alla causale "dati mancanti / incongruenti" notificatagli da Vodafone.

La società Vodafone, contestando le affermazioni dell'utente, dichiara di aver ricevuto in settembre 2009 una richiesta di portabilità dell'utenza n. X, rifiutata con la causale "richiesta dati mancanti", e di aver mantenuto l'utenza attiva sui propri sistemi continuando a fornire il servizio e ad emettere le fatture.

3. Motivazione della decisione

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

a) Con la domanda formulata sub 1) l'istante chiede la risoluzione senza spese del contratto. In base all'art. 19, comma 4 del Regolamento, il provvedimento che definisce la controversia emesso dall'Autorità è a contenuto vincolato ovvero, in caso di fondatezza dell'istanza, può avere ad oggetto la condanna dell'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". Ne discende che la domanda in esame, volta ad ottenere la dichiarazione di



risoluzione del contratto, non è accoglibile, non potendo il Corecom condannare l'operatore ad alcun *facere* se non al rimborso delle somme pagate e risultate non dovute (e parallelamente allo storno di quelle non pagate) o alla corresponsione degli indennizzi previsti. Ciò trova riscontro anche nella giurisprudenza costante dell'Agcom e dell'intestato Corecom (cfr. Delibere Corecom Emilia-Romagna nn. 16/11, 33/11 e successive conformi) che, in applicazione della citata norma, stabilisce che sono da rigettare le domande dell'istante volte ad ottenere l'annullamento o la risoluzione del contratto, in quanto estranee alla competenza.

b) L'istanza in esame verte essenzialmente sul lamentato mancato rispetto del contratto tra la Sig.ra X e la società H3g che prevedeva, secondo la ricostruzione di parte istante, la portabilità della numerazione X dal precedente gestore Vodafone ad H3g, la consegna di un cellulare e la fruizione di una tariffa agevolata per le chiamate verso la Croazia. Le contestazioni mosse da parte istante in ordine al mancato adempimento contrattuale sono essenzialmente due: da un lato l'attivazione e fatturazione di 2 linee mobili non richieste, che qui si tratterà, e dall'altro la mancata portabilità del numero mobile di cui è intestataria, di cui si tratterà al punto d). Secondo la ricostruzione offerta dall'operatore H3g, le 2 diverse numerazioni attivate erano funzionali all'adempimento di quanto contrattualmente pattuito ovvero alla migrazione richiesta e alla fruizione del terminale promesso e della tariffa agevolata concordata. Nel caso di specie parte istante ha prodotto il modulo contrattuale alla base delle contestazioni, ma lo stesso risulta privo di qualsiasi elemento identificativo, ad eccezione del nome dell'utente, titolare della linea, della sottoscrizione e del n. "2" apposto di fianco alla dicitura "Piano tariffario": ognuno dei numerosi altri campi della "Proposta di Abbonamento 3 Business" (Doc. 4 allegato al Formulario Gu14 introduttivo del presente procedimento), infatti, è del tutto in bianco e non vi è alcuna data di sottoscrizione. La società H3g, alla quale la produzione del contratto è stata richiesta dal Responsabile del procedimento in fase di avvio, non ha fornito alcun modulo contrattuale o proposta di abbonamento o contratto sottoscritti dall'utente. Sulla base del documento prodotto in atti, pertanto, non può che derivare la conseguenza della mancata conclusione del contratto: quasi tutte le sezioni del modulo non risultano compilate, non tutte sono state regolarmente sottoscritte, in particolare non lo è quella ove è riportata la cifra "2" accanto alla sezione "Piano tariffario", e inoltre non vi è menzione da nessuna parte né dell'utenza da portare in H3g né delle altre due attivate e successivamente fatturate dal



gestore. Il contratto non può dirsi pertanto validamente concluso e, conseguentemente, devono essere accolte le contestazioni di parte istante sub 2) e sub 3). Infatti ogni fattura emessa sulla base di un contratto non validamente concluso o addirittura inesistente è da ritenersi illegittima e l'utente avrà diritto allo storno integrale delle fatture insolute e alla regolarizzazione della propria posizione contabile, nonché al rimborso delle fatture pagate per complessivi euro 153,50. Sul punto l'Agcom si è espressa da tempo (cfr. ad esempio Delibera n. 14/10/CIR e successive conformi) affermando che "l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico; resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali. Tanto premesso, 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 (Cass., sent. n. 10313/2004), altrimenti l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al rimborso degli importi eventualmente versati". In tema di onere probatorio, nel caso di specie l'istante ha prodotto un documento che prova proprio la mancata conclusione dell'accordo negoziale, in quanto privo degli elementi e delle sottoscrizioni richieste. Non può dirsi invece adempiuto l'onere probatorio in capo all'operatore che non ha prodotto alcuna fonte del vincolo contrattuale, ma si è limitato a fondare le proprie argomentazioni sulla sussistenza di un rapporto contrattuale con la Sig.ra X a partire dall'emissione delle fatture, aventi ad oggetto due numerazioni che non risultano da nessun documento contrattuale, e dalle dichiarazioni stesse di parte istante. Stante dunque il mancato adempimento da parte della società H3g dell'onere probatorio su di essa incombente, in virtù del principio di non contestazione deve procedersi per tabulas a partire dalle dichiarazioni e dalle allegazioni di parte istante. Se dunque non vi è prova in atti del contratto tra le parti, non può dirsi provata e legittima l'attivazione e la fatturazione delle due ulteriori linee mobili, contestate dall'utente, e deve essere accolta sia la richiesta di storno che quella di rimborso delle fatture.

c) La richiesta sub 4) riguarda il rimborso degli importi pagati a titolo di tasse di concessione governativa (tcg) per euro 140,92. Detta richiesta viene formulata dall'istante solo nel formulario GU14 e non già anche nel formulario UG introduttivo del procedimento di conciliazione: come da giurisprudenza costante dell'Agcom e di questo Comitato (cfr., ad



esempio, Delibere Corecom Emilia-Romagna n. 17/11 e 38/11), è da ritenere inammissibile la domanda di indennizzo che non sia stata preventivamente formulata in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione, in ossequio a quanto disposto dall'articolo 14 del Regolamento. E' opportuno precisare che, in ottemperanza a quanto disposto dal punto III.1.2 delle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, secondo cui la necessaria identità dell'oggetto delle richieste svolte in fase conciliativa e di definizione ex art. 14 del Regolamento non deve portare a richiedere l'assoluta identità formale delle domande, ma soltanto che "la questione in discussione sia la medesima" - avendo quindi riguardo anche alla esposizione fattuale ai fini della qualificazione dell'istanza - nel caso di specie nel formulario UG la questione delle tcg non era oggetto di specifica trattazione.

d)

Il caso di specie riguarda anche la richiesta di portabilità dell'utenza n. X da Vodafone ad H3g. Dal presupposto della mancata conclusione del contratto tra la Sig.ra X ed H3g deriva la non accoglibilità della richiesta di indennizzo per la mancata portabilità sub 6). Tuttavia il tema merita comunque alcune precisazioni. L'istante non ha prodotto – come richiesto espressamente in occasione dell'udienza di discussione - la richiesta di attivazione della portabilità verso l'operatore H3g; nemmeno quest'ultimo, "quale responsabile del rapporto col cliente", ha fornito prova del "contratto con il cliente per la fornitura della prestazione di MNP" (mobile number portability) che, per normativa, ha l'obbligo di conservare (v. art. 5, comma 8 della Delibera Agcom 78/08/CIR recante la disciplina della portabilità dei numeri mobili, vigente all'epoca del caso de quo). Tuttavia dalle schermate agli atti, tanto di Vodafone che di H3g, si trae conferma che la richiesta di portabilità è stata effettivamente inoltrata in data 14.09.2009 dall'operatore Recipient H3g all'operatore Donating Vodafone e che poi é stata rifiutata da quest'ultimo in data 17.09.2009 con causale "dati mancanti". Di questo ko, in particolare, non può dirsi responsabile il gestore Recipient H3g né il gestore Donating Vodafone trattandosi di causale di scarto espressamente prevista dalla normativa (v. art. 5, comma 10 della Delibera Agcom 78/08/CIR). Per quel che riguarda poi la fruizione del servizio da parte della Sig.ra X, non si rinvengono responsabilità nemmeno in capo all'operatore Donating. Infatti l'art. 10, comma 2 della Delibera Agcom 78/08/CIR dispone che "in caso di mancata o ritardata attivazione della prestazione di MNP, il Donating garantisce al cliente, la prosecuzione del rapporto e del servizio nelle forme in essere al momento della mancata o ritardata attivazione della prestazione di MNP" ed in effetti per tutto l'arco temporale oggetto di



doglianza risulta che l'utente non sia stata mai privata del servizio e che il rapporto contrattuale in essere con Vodafone sia continuato senza interruzioni o disservizi per l'utente. Rimarrebbe tuttavia a carico di H3g, in qualità di Recipient responsabile del rapporto col cliente, l'obbligo di adeguata informativa all'utente sui motivi del ritardo nella portabilità, obbligo che non risulta rispettato – non avendo il gestore adempiuto all'espressa richiesta istruttoria rivoltagli in sede di udienza di discussione - e da cui scaturirebbe il conseguente diritto dell'utente all'ottenimento di un indennizzo (cfr. Delibere Agcom n. 88/08/CIR, n. 84/09/CIR, n. 102/12/CIR, n. 23/12/CIR, n. 24/12/CIR, n. 27/12/CIR, n. 46/12/CIR, n. 61/12/CIR, n. 68/12/CIR, n. 81/12/CIR, n. 86/12/CIR, n. 91/12/CIR applicative della Delibera 274/07/CONS che regola le procedure di passaggio delle utenze fisse e prevede un analogo principio di informativa in favore dell'utente). Nel caso di specie, alla luce di quanto sopra ricostruito, mancano però elementi sufficienti per determinare un indennizzo: se è vero che per fatti concludenti si può ipotizzare che una richiesta di portabilità sia stata effettivamente richiesta, a monte, dall'utente ad H3g - e che dalle schermate si può trarre conferma che detta richiesta è stata successivamente inoltrata da H3g a Vodafone - non vi è tuttavia agli atti alcun documento che ne attesti la data né tale data è altrimenti rinvenibile ai fini del calcolo di un indennizzo, non avendo nessuna delle parti adempiuto alle specifiche richieste istruttorie formulate nel corso del procedimento. Inoltre si deve tenere presente che nell'arco di tempo considerato l'utente non è mai stata privata del servizio, che ha continuato a fruire e pagare regolarmente al precedente gestore. Dalle fatture Vodafone, infatti, emerge chiaramente il riferimento alla sim de qua nonché il dettaglio del traffico dalla stessa generato; l'utente avrebbe potuto avvedersene anche in considerazione del perdurare della fatturazione, come risulta agli atti. Alla luce di quanto esposto la richiesta di indennizzo sub 6) non può essere accolta in quanto eccessivamente indeterminata, sotto il profilo della durata del disservizio, ma non solo: tenuto conto che nessuna delle parti fornisce chiarimenti e/o documentazione, omettendo di evadere le specifiche richieste istruttorie formulate dal responsabile del procedimento, deve concludersi per il rigetto (cfr. Agcom Delibera n. 118/12/CIR, Corecom Umbria Delibera n. 14/12 e Corecom Abruzzo Determinazione n. 30/12).

e) Quanto alla domanda di indennizzo sub 7) per la ritardata risoluzione del contratto, dal presupposto della mancata conclusione del contratto tra la Sig.ra X ed H3g deriva che anche questa richiesta indennitaria non è accoglibile. Inoltre si rileva che la lamentata ritardata



disattivazione delle utenze è già risolta con la regolarizzazione della posizione contabile ovvero con il rimborso e lo storno delle fatture indebitamente emesse. Non si ravvisa, nel caso di specie, un ulteriore pregiudizio indennizzabile per la ritardata risoluzione, rilievo dal quale discende l'infondatezza della richiesta indennitaria sub 7) che deve, di conseguenza, essere rigettata (cfr. Corecom Lazio Delibera n. 8/10). Va osservato, per completezza, che parte istante non ha ottemperato in maniera completa alla richiesta avanzata in sede di udienza di discussione che aveva ad oggetto la produzione di copia della ricevuta di spedizione del fax di disdetta del 14/01/2010. Quindi agli atti manca la prova dell'invio e della ricezione da parte del gestore della comunicazione di recesso. Diversamente H3g, sul punto, dichiara di aver proceduto dapprima alla sospensione delle utenze per morosità il 17.12.2009 e successivamente di averle disattivate il 17.07.2010, previo invio all'utente rispettivamente del preavviso di sospensione datato 09.12.2009 (peraltro allegato al Formulario Gu14) e del preavviso di risoluzione datato 29.12.2009, che produce (Doc. 8 allegato alla memoria difensiva), di cui però non fornisce prova dell'invio.

- f) La richiesta di indennizzo per la mancata risposta al reclamo sub 5) può essere accolta nella misura massima di euro 300,00 non essendoci prova, da parte di H3g, di aver fornito alcun riscontro all'utente rispetto al reclamo del 12.01.2010 inviato via e-mail ed anche in considerazione dell'offerta di pari importo, al medesimo titolo formulata dalla stessa H3g nella memoria difensiva depositata e ribadita in sede di udienza di discussione.
- g) Per quanto concerne infine le spese di procedura, pur se le spese legali non possono essere considerate spese giustificate in base all'art. 19, comma 6, del Regolamento, attesa la natura gratuita della procedura e la non obbligatorietà dell'assistenza legale, si accoglie tuttavia la richiesta sub 8) nella misura equitativa di euro 50,00 a carico di H3g, considerato che all'udienza di conciliazione presso il Corecom erano presenti entrambe le parti, che anche durante la fase di definizione l'utente è stato assistito e anche in considerazione del comportamento tenuto dal gestore, valutabile da questo Comitato ai fini della liquidazione delle spese di procedura (punto III.5.4 delle Linee guida Agcom, delibera n. 276/13/CONS): H3g, infatti, ha formulato in sede di memoria difensiva una proposta conciliativa di euro 300, oltre allo storno integrale dell'insoluto a carico dell'utente ed il ritiro di ogni pratica di recupero del credito, proposta ribadita anche in sede di udienza di discussione.



Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa del presente atto espresso dalla Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini, il Corecom, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

- 1. Accoglie parzialmente l'istanza di X nei confronti di H3g X e Vodafone Omnitel X per le motivazioni di cui in premessa.
- 2. La società H3g X è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - I. euro 153,50 (centocinquantatré/50) a titolo di rimborso fatture;
 - II. euro 300,00 (trecento/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo dell'utente.
 - 3. La società H3g X é tenuta a provvedere allo storno integrale delle fatture insolute.
 - 4. La società H3g X é tenuta, altresì, a comunicare a questo ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Il presente provvedimento 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 del Corecom e dell'Autorità.

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini

La Presidente

Prof.ssa Giovanna Cosenza

