

DELIBERA N. 43/15
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXXXXXXX XX XXXXX/H3G S.P.A.
(RIF. PROC. GU14 N° 128/15)

IL CORECOM DELLA REGIONE ABRUZZO

NELLA riunione del 15 settembre 2015 si è riunito, così costituito:

		Pres.	Ass.
Presidente	Filippo Lucci	X	
Componenti	Alberto Capo	X	
	Nazario Cotturone	X	
	Alfredo D'Alessandro	X	
	Chiara D'Onofrio	X	

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*”;

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 4 dicembre 2008;

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 01 aprile 2011;

VISTA la delibera AGCOM n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera AGCOM n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP “*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 664/06/CONS del 23 novembre 2006 “Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell’utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza”;

VISTA l’istanza dell’utente Sig.ra xxxxxxxx xx xxxxx, per il tramite del suo legale Avv. xxxxxx xxxxxxxxxxx, presentata in data 26/05/2015 ed acquisita in pari data al prot. 11435;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante lamenta l’asserita indebita fatturazione operata da H3G, atteso l’illegittimo addebito del canone “Pro 3000”. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli scritti difensivi prodotti e nel corso dell’audizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. In data 02/10/2014 l’utente sottoscriveva un contratto con H3G, presso un punto vendita autorizzato, scegliendo il piano tariffario “Top Unlimited plus”. A seguito di ciò le veniva assegnato la numerazione provvisoria xxx/xxxxxxx.
- b. A novembre 2014 l’Avv. xx xxxxx si recava nuovamente presso lo stesso punto vendita al fine trasferire il predetto piano tariffario anche su un’altra numerazione posseduta xxx/xxxxxxx e conseguentemente cessare il piano tariffario “Pro 3000”, fino ad allora in uso.
- c. Nonostante la sottoscrizione del nuovo contratto, tuttavia, il piano tariffario suddetto non veniva cessato e veniva addirittura assegnata un’altra numerazione corrispondente al n° xxx/xxxxxxx. Tale numero, tra l’altro, non poteva in alcun modo essere utilizzato, non essendo supportato da alcuna Usim. Fa presente che l’omessa consegna e comunicazione circa la migrazione della tariffa “Pro 3000” su altra Usim e non su quella richiesta, ha indotto l’istante a ritenere che gli importi illegittimamente addebitati sul c/c fossero riferiti al periodo precedente a novembre 2014.

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

- i. La dichiarazione di nullità del rapporto contrattuale afferente l’utenza xxx/xxxxxxx con piano tariffario canone “ Pro 3000”; in ogni caso la risoluzione del medesimo rapporto con decorrenza 01/11/2014 per inadempimento da parte di H3G, mai avendo fornito la Usim associata alla predetta numerazione.
- ii. La restituzione e lo storno di tutte le somme addebitate e relative al piano tariffario predetto. Quanto alle somme da restituire fa riferimento alle fatture n° xxxxxxxxxxx di euro 115,36, n° xxxxxxxxxxx di euro 115,94 e n° xxxxxxxxxxx di euro 107,77;
- iii. Il pagamento delle spese legali;

- iv. In applicazione dell'art. 96 c.p.c., la condanna di H3G al risarcimento del danno che vorrà liquidare il giudicante in via equitativa;

2. La posizione dell'operatore

H3G riferisce che la sig.ra xx xxxxx in data 02/10/2014 attivava il piano tariffario "Top Unlimited plus" per il quale si rendeva necessaria l'attivazione del numero provvisorio xxx/xxxxxxx. Il successivo mese di novembre l'istante chiedeva al proprio dealer di fiducia la portabilità interna del piano tariffario "Top Unlimited plus" sulla numerazione xxx/xxxxxxx. Tale operazione di cessione del numero da un'anagrafica business ad un'anagrafica associata alla medesima persona, ma consumer, prevede un doppio cambio di numerazione: il numero da cedere viene trasferito sulla Sim di destinazione (in questo caso relativa al piano "Top Unlimited plus"), mentre sulla Sim di origine (ossia la Sim associata al numero da portare) viene assegnato un numero nuovo assegnato dal sistema (nel caso di specie, la numerazione xxx/xxxxxxx). L'utente a questo punto ha la facoltà di mantenere attive entrambe le sim oppure di disattivare la sim di origine. La disattivazione predetta, infatti, non viene effettuata automaticamente, ma previa richiesta esplicita dello stesso utente. Nella fattispecie, la Sig.ra xx xxxxx non ha provveduto a richiedere alcuna disattivazione della Sim business di origine (numerazione xxx/xxxxxxx), per la quale, rimanendo attiva, sono state generate le fatture quivi contestate.

Osserva che nelle condizioni sottoscritte dalla cliente sono indicate le modalità per provvedere al recesso. Fa presente inoltre di aver provveduto a fornire all'istante spiegazioni sul processo per provvedere alla disattivazione del piano "Pro 3000" (mediante registrazione del consenso, il c.d. Vocal Order), ma l'istante non vi ha mai provveduto.

Evidenzia altresì che la fattura n° xxxxxxxxxxx di euro 115,36, di cui l'istante chiede il rimborso, abbia sì ad oggetto canoni relativi al piano tariffario "Pro 3000", ma questo risulta ancora abbinato alla numerazione xxx/xxxxxxx, giacchè la Sig.ra xx xxxxx ha chiesto la cessione del numero verso il piano tariffario "Top Unlimited Plus" solo nel mese di novembre 2014, ossia un mese dopo l'attivazione del piano stesso; medio tempore, detto piano è rimasto attivo sulla numerazione provvisoria xxx/xxxxxxx, poi tecnicamente disattivata a seguito della intervenuta operazione di cessione del numero de qua; per tutto il mese di ottobre 2014, pertanto, alla numerazione xxx/xxx/xxxxxxx era ancora abbinato il profilo tariffario "Pro 3000". Nelle successive fatture contestate, infatti, il detto piano tariffario risulta essere abbinato alla numerazione provvisoria xxx/xxxxxxx, non oggetto di disattivazione automatica per le ragioni dianzi indicate. Ne consegue che la richiesta di rimborso avanzata da controparte non può essere estesa alla citata fattura.

Precisa che gli importi già corrisposti dall'istante di cui alle fatture contestate, non possono senz'altro essere rimborsate integralmente, in quanto si riferiscono alla numerazione xxx/xxxxxxx, attivata con piano tariffario "B. Mega", non oggetto di contestazione.

L'istante risulta essere debitrice nei confronti di H3G della somma di euro 435,24 in virtù del mancato pagamento delle seguenti fatture: n° xxxxxxxxxxx del 08/01/2015 di euro 107,77, n° xxxxxxxxxxx del 08/02/2015 di euro 95,57, n° xxxxxxxxxxx del 08/03/2015 di euro 107,77, n° xxxxxxxxxxx del 08/06/2015 di euro 12,91, n°

xxxxxxxxxx del 08/05/2015 di euro 12,91, n.° xxxxxxxxxxxx del 08/06/2015 di euro 98,31.

Propone al fine di dirimere la controversia lo storno di euro 200,00 dall'attuale insoluto di euro 435,24. Nel caso di mancata accettazione della suddetta proposta, chiede il rigetto di ogni domanda avversaria.

Produce: Contratto "Top Unlimited Plus" del 02/10/2014; Print stato Sim; Fattura n° xxxxxxxxxxxx di euro 115,36; Fatture contestate e Fatture insolute.

Con memoria di replica, regolarmente depositata, l'istante ribadisce, in particolare, di aver sottoscritto un contratto "Top Unlimited Plus" con l'assegnazione della numerazione provvisoria xxx/xxxxxxx, al fine di potervi migrare il proprio numero xxx/xxxxxxx. Precisa che tale sim, dal momento della migrazione interna non è stata più funzionante né utilizzabile. Il numero "fittizio" xxx/xxxxxxx è numerazione assegnata solo internamente, non essendo mai stata associata ad alcuna Sim utilizzabile e comunque mai consegnata dall'utente, circostanza di per sé lesiva della correttezza contrattuale che dovrebbe assistere il negozio giuridico. Infatti, laddove si richiede il pagamento di un servizio in abbonamento, lo stesso deve essere fruibile, anche se solo potenzialmente, solo in tal modo può essere ritenuta legittima la richiesta del corrispettivo. Nel caso de quo, infatti, l'istante, oltre a non aver prestato alcun consenso all'attivazione della predetta numerazione, determinandosi, in tal caso, la nullità ex tunc del rapporto contrattuale, si è trovato nell'impossibilità di fruire del servizio, il cui costo, tuttavia, veniva illegittimamente addebitato da parte di H3G.

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.

In via preliminare, va chiarito che la liquidazione del risarcimento dei danni esula dalle competenze di questo Corecom, il quale, in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera 173/07/CONS, è chiamato a verificare solo la sussistenza del fatto oggetto dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento e che pertanto, la domanda dell'istante di cui al punto iv), di risarcimento del danno, non può trovare accoglimento in questa sede.

Sempre in via preliminare la domanda di cui al punto i) non può essere accolta ed è, pertanto, da rigettare. In particolare, si richiama quanto previsto dall'art. 19, comma 4, del "Regolamento" e dal punto III.5.1. della delibera Agcom n. 276/13/CONS, cioè che: "L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi e/o storni 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.". In forza di tale previsione, si ritiene di rigettare la richiesta in esame in quanto avente ad oggetto la condanna ad un facere dell'operatore, esclusa dal contenuto vincolato del provvedimento di definizione della controversia.

Per le medesime ragioni, deve rigettarsi anche la richiesta di cui al punto iii) relativa al riconoscimento delle spese legali.

Nel merito si precisa quanto di seguito. L'istante assume di aver sottoscritto in data 02/10/2014 un contratto con H3G con l'opzione del piano tariffario "Top Unlimited Plus" con l'assegnazione della numerazione provvisoria xxx/xxxxxxx. Successivamente a novembre 2014 la Sig.ra xx xxxxx riferisce di essersi recata presso lo stesso punto vendita H3G al fine di poter effettuare la portabilità interna del piano tariffario "Top Unlimited plus" sulla numerazione xxx/xxxxxxx già in uso della stessa. Tale operazione avrebbe dovuto comportare la cessazione del vecchio piano tariffario denominato "Pro 3000", senonché parte convenuta ha proceduto ugualmente alla fatturazione indebita del predetto piano attivando, tra l'altro, una ulteriore numerazione corrispondente al xxx/xxxxxxx. Parte convenuta ritiene di aver correttamente operato, atteso che l'istante avrebbe dovuto recedere dal piano contestato in quanto, come comunicato anche in nel corso del Vocal Order, la cessazione non sarebbe avvenuta automaticamente.

A fronte delle contestazioni effettuate dall'utente spettava all'operatore provare di aver legittimamente addebitato gli importi in quanto dovuti e di aver agito applicando correttamente il piano tariffario.

Infatti, secondo l'art. 1218 c.c. si presume la responsabilità contrattuale del debitore a meno che lo stesso sia in grado di provare che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Nel caso in specie l'operatore afferma di aver correttamente informato l'utente sulla necessità di recedere dal piano tariffario "Pro 3000" tramite Vocal order, tuttavia tale asserzione non risulta in alcun modo corroborata dalla produzione della registrazione del Vocal order predetto.

Pertanto, nel caso di specie, si deve ritenere provato che l'operatore abbia applicato all'utente una tariffa diversa da quella contrattualmente pattuita. Vista la mancanza di prova su quanto sopra, l'operatore deve essere condannato al rimborso delle somme illegittimamente richieste all'utente relative al canone "Pro 3000" addebitate illegittimamente sulla fattura n° xxxxxxxxxxx del 08/12/2014 di euro 115,94.

Si ritiene invece corretta la fattura n° xxxxxxxxxxx del 08/11/2014 di euro 115,36, in quanto riferita ad un periodo di fatturazione (01/10/14 – 31/10/14) antecedente alla richiesta del nuovo profilo tariffario "Top Unlimited plus" sulla numerazione xxx/xxxxxxx.

Relativamente all'insoluto pari ad euro 435,24 di cui alle fatture n° xxxxxxxxxxx del 08/01/2015 di euro 107,77, n° xxxxxxxxxxx del 08/02/2015 di euro 95,57, n° xxxxxxxxxxx del 08/03/2015 di euro 107,77, n° xxxxxxxxxxx del 08/06/2015 di euro 12,91, n° xxxxxxxxxxx del 08/05/2015 di euro 12,91, n° xxxxxxxxxxx del 08/06/2015 di euro 98,31, ancorché contenenti anche costi effettivamente dovuti, si ritiene, tuttavia che, poiché l'istante non è rimasto indenne da ulteriori pregiudizi, primo tra tutti il cambio della numerazione e l'impossibilità di utilizzare sia la nuova che la vecchia numerazione, al fine di assicurare ugualmente un equo e proporzionato ristoro, il gestore sarà tenuto a regolarizzare la posizione debitoria che attualmente resta imputata all'utente mediante lo storno di tutti gli importi ancora insoluti.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00) tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti relativamente alla partecipazione al procedimento anche attraverso la produzione di scritti difensivi;

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

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Abruzzo accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla Sig.ra xxxxxxxx xx xxxxx, per il tramite del suo legale Avv. xxxxxx xxxxxxxxxxxx, nei confronti dell'operatore H3G, nei termini sopra evidenziati;

2. **La società H3G s.p.a.** è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura e a regolarizzare la posizione contabile – amministrativa dello stesso, procedendo al rimborso delle somme illegittimamente richieste all'utente relative al canone "Pro 3000" addebitate illegittimamente sulla fattura n° xxxxxxxxxxxx del 08/12/2014 di euro 115,94 e allo storno pari ad euro 435,24 di cui alle fatture n° xxxxxxxxxxxx del 08/01/2015 di euro 107,77, n° xxxxxxxxxxxx del 08/02/2015 di euro 95,57, n° xxxxxxxxxxxx del 08/03/2015 di euro 107,77, n° xxxxxxxxxxxx del 08/06/2015 di euro 12,91, n° xxxxxxxxxxxx del 08/05/2015 di euro 12,91, n° xxxxxxxxxxxx del 08/06/2015 di euro 98,31, in quanto indebitamente richieste per le ragioni sopra evidenziate;

3. **La società H3G s.p.a.** è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. 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.

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

6. 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 sui siti *web* del Corecom Abruzzo e dell'Autorità (www.agcom.it).

L'Aquila, 15 settembre 2015

IL RELATORE

F.to Dott.ssa Annalisa Ianni

IL PRESIDENTE

F.to Dott. Filippo Lucci

IL DIRIGENTE

F.to Dott.ssa Michela Leacche

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt.22 e 40del D.Lgs. n.82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7agosto 1990, n. 241 e s.m. e i.