
CORECOM
Comitato Regionale per le Comunicazioni

Titolo 1.10.4 - 1.10.21/9
(1.10.21/11 VIII legislatura)

DELIBERAZIONE n. 2/2011

(estratto dal verbale del 17 gennaio 2011)

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA STUDIO TECNICO DI BELLONI E H3G

Presenti:

Gardini Gianluca
Giuseppe Bettini
Alberici Arianna

Presidente
Vicepresidente
Componente

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "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;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

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;

VISTA l'istanza depositata in data 30 novembre 2009 (titolo n. 1.10.21/9 (ovvero, 1.10.21/11 VIII legislatura), con la quale lo Studio tecnico di Belloni, con sede nel comune di XXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire la controversia in essere con la società H3G, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata nel comune di Milano, via Alessandro Severo 246, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento, contenente anche la fissazione dell'udienza di discussione (prot. n. 24523/2010); la richiesta di rinvio dell'udienza di discussione avanzata dal sig. Belloni (prot. 25781/2010; la successiva adesione a tale richiesta formulata via mail da H3G (prot. 26261/2010) e il conseguente rinvio dell'udienza di discussione (prot. 26263/2010), regolarmente comunicato alle parti;

UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 8 ottobre 2010, come da verbale (prot. 29861/2010);

VISTI gli atti del procedimento, che non comprendono le memorie delle parti in quanto non depositate;

VISTE la relazione del Responsabile del procedimento, avv. Marco Ciancaglini (prot. 1079/2011), e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio CORECOM, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 1100/2011)

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con l'istanza di definizione della controversia lo Studio tecnico di Belloni (di seguito Belloni) lamenta il mancato adempimento del contratto sottoscritto in data 24 settembre 2007 con H3G s.p.a. (di seguito H3G), che non avrebbe effettuato la Number Portability di cinque utenze telefoniche mobili (n. XXX; XXX; XXX; XXX; XXX) da Vodafone Omnitel N.V., precedente operatore, alla stessa H3G; deduce inoltre: che, nonostante il mancato adempimento contrattuale, H3G ha comunque inviato numerose fatture e solleciti di pagamento; che tali fatture erano peraltro ulteriormente errate per l'applicazione ad alcune USIM di un piano tariffario differente; di aver debitamente e in più occasioni contestato anche per iscritto l'inadempimento contrattuale e l'illegittima fatturazione; di aver comunque pagato ad H3G la somma di € 394,65; di aver messo a disposizione di H3G i telefoni cellulari ricevuti, quattro dei quali mai aperti e utilizzati, domandando per iscritto all'operatore di indicare le modalità per la riconsegna; che H3G, concludendo il rapporto contrattuale, ha imputato all'utente costi quali "somma dovuta per recesso anticipato" e "somma dovuta per recesso anticipato (piano tariffario)", che l'utente interpreta come penali, come tali illegittime. Conclusivamente, Belloni chiede la restituzione della somma indebitamente pagata, pari a € 394,65; lo storno di tutte le fatture emesse da H3G; il riconoscimento di un "equo indennizzo per i vari disagi patiti a causa dei disservizi causati da H3G, ai sensi della normativa vigente".

H3G, in sede di udienza di discussione (nessuna memoria è stata infatti depositata), contestando e opponendosi in toto alle "richieste" dell'utente, afferma di aver "sempre tenuto conto delle doglianze di controparte tentando di addivenire ad una congrua conciliazione"; propone a titolo conciliativo l'annullamento dell'insoluto a carico del sig. Belloni per la vicenda in oggetto, pari a € 3.097,17, la restituzione della somma pagata dal sig. Belloni pari a € 394,65, un indennizzo pari a € 500,00; H3G rileva altresì che le "utenze sono state disattivate a causa dell'insolvenza dell'utente", che questi continua a detenere i terminali concessi in noleggio, violando in tal modo il regolamento di servizio, che le richieste di risarcimento del danno avanzate dal sig. Belloni sono inammissibili per incompetenza di questo procedimento.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prima di entrare nel merito della controversia in oggetto, è opportuno chiarire la ripartizione dell'onere della prova, che grava sull'utente relativamente all'accertamento della sussistenza del contratto e al suo contenuto, e sull'operatore relativamente al corretto adempimento dell'obbligazione assunta (cfr. Cass. Civ., S.U., sent. 13533/2001). L'istruttoria condotta ha attestato la sussistenza di un contratto stipulato tra lo Studio tecnico di Belloni (di seguito Belloni) e H3G (di seguito H3G), datato 24 settembre 2007, avente ad oggetto la somministrazione del servizio telefonico su cinque utenze telefoniche mobili (n. XXX; XXX; XXX; XXX; XXX), con servizio di "Number Portability" e attivazione, per quattro USIM, del piano tariffario "B Magic" e per una USIM del piano tariffario "BMail 900". L'utente allega infatti copia della proposta di abbonamento sottoscritta, dalla quale si ricavano le condizioni contrattuali sopra riportate. Sull'avvenuta ricezione di tale proposta da parte di H3G, perfezionandosi così la conclusione del

contratto ai sensi dell'art. 1326 c.c., non c'è alcun dubbio, considerando che H3G: non contesta la circostanza; risulta documentalmente aver emesso fatture a carico dell'utente dando così esecuzione al contratto attraverso la richiesta della prestazione pecuniaria a carico della controparte; ha inviato all'utente un avviso di risoluzione per morosità (1 febbraio 2010); ha più volte sollecitato i pagamenti (con comunicazioni del 4 aprile 2008 e del 15 maggio 2009); ha imputato all'utente somme a titolo di "recesso anticipato" (fatture n. 980431397 del 15 febbraio 2009).

Provata dunque la sussistenza di un'obbligazione a carico di H3G, non resta che verificare se quest'ultima ha effettivamente adempiuto, a fronte delle contestazioni dell'utente. Il sig. Belloni afferma infatti di aver ricevuto da H3G i cinque telefoni cellulari pattuiti ma di non aver mai avuto la "Number Portability" delle cinque utenze dal precedente operatore (Vodafone Omnitel N.V.), allegando prova documentale, ossia una fattura di Vodafone (n. 8026209463, del 28 marzo 2008) dalla quale si evince che nel periodo intercorrente dal 24 gennaio 2008 al 23 marzo 2008 Vodafone ha erogato il servizio telefonico e le utenze hanno prodotto traffico; per tale periodo e per le medesime utenze H3G emetteva più fatture (n. 880480210 del 15 febbraio 2008 per il periodo 1 gennaio – 31 gennaio 2008; n. 880696911 del 15 marzo 2008, per il periodo 1 febbraio – 29 febbraio 2008), dalle quali non risulta la presenza di traffico telefonico. A fronte di ciò, H3G - sulla quale, giova ribadirlo, grava l'onere probatorio del corretto adempimento contrattuale - non ha fornito prova alcuna di aver effettivamente erogato il servizio telefonico per tutto il periodo intercorrente dalla data di sottoscrizione del contratto a quella di risoluzione/recesso, né di essersi trovata nell'impossibilità di adempiere per fatto a lei non imputabile (art. 1218 c.c.), né peraltro ha complessivamente contestato i fatti dedotti dall'utente, limitandosi a una generica contestazione solo delle "richieste" dell'istante (cfr. Il verbale di udienza dell'8 ottobre 2010), ritenute eccessive rispetto alla proposta transattiva formulata e ultronee rispetto alla richiesta di risarcimento del danno. Considerato che ai sensi della dell'art. 5, c. 1, del. AGCOM 78/08/CIR il termine entro cui effettuare la "Number Portability" è pari a tre giorni lavorativi e che nel caso di specie non sussiste una pattuizione diretta a differire il *dies ad quem*, ne deriva che dal 28 settembre 2007 H3G risulta inadempiente, sino alla data del 21 maggio 2009 (per complessivi seicento giorni), allorquando l'utente, depositando la domanda di conciliazione, ha espresso la propria acquiescenza alla volontà di recesso manifestata da H3G a mezzo della fattura n. 980431397 del 15 febbraio 2009. Nessun valore autonomo e definitivo può infatti essere attribuito a tale fattura, considerando da un lato il perdurante inadempimento contrattuale di H3G e dall'altro lato il carattere unilaterale della volontà recessiva espressa da H3G, alla quale l'utente si è associato, come detto, solo presentando la richiesta di conciliazione.

In tale periodo H3G non ha dunque fornito alcun servizio telefonico sulle utenze oggetto di contratto. È opportuno al riguardo chiarire che l'utente, con comunicazione scritta del 30 gennaio 2008, ricevuta da H3G via fax nella medesima data, chiedeva la risoluzione del contratto stante il protratto inadempimento dell'operatore, ma che, a fronte dell'inerzia di H3G anche in relazione a

tale manifestazione di volontà (H3G ha infatti continuato a emettere fatture anche per il periodo successivo), lo stesso utente ha tacitamente revocato la propria volontà risolutiva, come si evince dalla comunicazione inviata a H3G in data 29 aprile 2008 (ricevuta via fax nello stesso giorno), con la quale il sig. Belloni lamentava un nuovo fallimento della procedura di portabilità (del 15 aprile 2008) e comunicava che, a fronte di un ulteriore insuccesso della procedura, avrebbe effettuato una segnalazione all'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni. Tali affermazioni evidenziano in modo inequivoco quell'interesse alla tardiva esecuzione del contratto che comporta la rinuncia all'effetto risolutivo, anche se già dedotto attraverso una manifestazione di volontà (cfr. Cass. civ., sent. n. 15026/2005).

Acclarato quindi l'inadempimento di H3G, ne risulta conseguentemente l'illegittimità di ogni richiesta di pagamento a carico dell'utente, che peraltro ha ripetutamente e diligentemente segnalato la mancata portabilità delle cinque USIM (si vedano i fax del 13 dicembre 2007; 30 gennaio 2008; 16 febbraio 2008; 7 marzo 2008; 1 aprile 2008; 29 aprile 2008). Illegittimi sono pertanto anche i "costi di recesso", dei quali appare anzitutto sostanzialmente imprecisato il titolo, non risultando infatti chiaro se essi sono stati imputati per risoluzione, come da solleciti di pagamento inviati da H3G, conseguendone in tal caso la palese illegittimità di porre a carico dell'utente costi di conclusione di un contratto cessato per fatto imputabile all'inadempimento di H3G, o di recesso, risultandone anche in tal caso la loro illegittimità essendo infatti tali costi, contestati dall'utente, del tutto immotivati e imprecisati, in contrasto con quanto disposto dalla dall'art. 1, c. 3, d.l. 7/2007, come convertito dalla l. 40/2007, che consente l'imposizione solo dei "costi dell'operatore", intesi come costo "dimostrabile ... pertinente e correlato" alla disattivazione del servizio (art. 6, c. 3, Linee guida AGCOM del 28 giugno 2007). Nemmeno può ritenersi fondata l'eventuale richiesta di pagamento del traffico riportato nelle fatture del 15 novembre 2007 (pari a € 1,60), del 15 dicembre 2007 (pari a € 3,16), del 15 gennaio 2008 (pari a € 0,75), del 15 maggio 2008 (pari a € 0,30): a fronte della contestazione di tale traffico, che l'utente afferma di non aver mai prodotto (si veda il fax del 29 novembre 2007 e quello del 13 dicembre 2009, inviato secondo le modalità previste dall'art. 9, Carta dei servizi H3G), H3G non ha mai fornito prova alcuna di tale traffico, attraverso tabulati o comunque estratti del contatore centrale, limitandosi ad allegare le fatture che, se contestate, perdono ogni valenza probatoria (cfr. Cass. Civ., sent. 10313/2004).

Da quanto esposto deriva inoltre che i pagamenti effettuati dall'utente, pari rispettivamente a € 222,17 (del 16 febbraio 2008) e a € 172,48 (del 22 aprile 2008), volti a incentivare H3G all'adempimento secondo le probabili indicazioni ricevute dal servizio clienti dell'operatore, non sono dovuti perché non corrispondono ad alcuna prestazione. Analoga valutazione deve essere svolta riguardo ai cinque telefoni cellulari consegnati da H3G all'utente e che questi, con comunicazione fax del 30 gennaio 2008, ha rimesso nella disponibilità dell'operatore, chiedendo che un incaricato di H3G li ritirasse presso il domicilio dell'utente ovvero che H3G indicasse un luogo, a Ferrara o Bologna, ove consegnarli. La diligenza dell'utente è stata, anche in questa circostanza, piena, esimendolo da ogni responsabilità. Ovviamente, come da disponibilità e

richiesta di informazioni dell'utente, i telefoni cellulari dovranno essere restituiti a H3G; tuttavia, considerato che, ai sensi dell'art. 19, c. 4 del. AGCOM 173/07/CONS, la competenza di questo procedimento è limitata all'eventuale condanna *dell'operatore* al rimborso/storno di fatture o alla liquidazione di indennizzi, la richiesta di restituzione dei telefoni cellulari non può trovare accoglimento in questa sede. È tuttavia da aggiungere che l'utente afferma di aver utilizzato uno dei telefoni cellulari a mo' di navigatore satellitare per il mese successivo alla consegna e di questa utilità dovrà evidentemente essere tenuto conto in sede di liquidazione degli indennizzi. Non sussiste invece altra utilità per l'utente dalla ricezione degli altri telefoni cellulari, poiché essi da un lato erano funzionali alla fruizione di un servizio telefonico mai erogato da H3G, e dall'altro lato risultano ancora impacchettati e pertanto mai utilizzati dal sig. Belloni.

Per mera completezza, si rileva, come evidenziato dall'utente, l'errore commesso da H3G nel conteggio delle somme richieste al sig. Belloni nella prima fattura del 15 novembre 2007, considerando che la proposta di abbonamento indica quattro piani tariffari "B.Mail 900" e uno "B.Magic", mentre H3G ha applicato due piani tariffari "Powerfull" e due "B.Magic".

Conclusivamente, è da ritenersi pertanto pienamente accertato anche l'inadempimento di H3G rispetto all'obbligazione di erogazione del servizio telefonico, conseguendone l'obbligo per H3G di corrispondere all'utente il relativo indennizzo.

Riguardo a tale indennizzo, richiesto dall'utente, la sua quantificazione deve essere effettuata secondo quanto disposto dall'art. 24 (tab. 1, seconda riga) della Carta dei servizi, che prevede una somma di € 6,00 per ogni giorno di ritardo nell'attivazione. Come da prassi dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni l'indennizzo deve essere liquidato per ogni USIM, poiché la mancata attivazione del servizio non è fatto valutabile collettivamente e una sola volta per tutte le utenze, ma concerne specificamente e individualmente ogni utenza, pur oggetto di un contratto redatto cumulativamente solo per motivi di economia negoziale (cfr. del. AGCOM 121/07/CONS). Il limite massimo di liquidazione indicato dalla stessa clausola, pari a € 60,00 deve invece essere disapplicato, come da costante prassi dell'AGCOM e di questo CORECOM (cfr. del. 3/2010 e 12/2010), in quanto la somma altrimenti liquidata non sarebbe proporzionale al pregiudizio arrecato, secondo quanto disposto dall'art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP, adottata in applicazione dell'art. 1, c. 6, lett. b, l. 249/1997. Nel caso di specie infatti, anche considerando l'attività commerciale svolta dal sig. Belloni, appare evidente che il disagio subito dall'istante sia stato costante e prolungato: l'istante ha infatti manifestato, anche a mezzo di più solleciti redatti con particolare cura e diligenza per un periodo molto prolungato, l'importanza di un tempestivo adempimento da parte di H3G, ritenendo le condizioni contrattuali proposte dalla stessa H3G migliori di quelle del precedente operatore (Vodafone Omnitel N.V.); le periodiche richieste di pagamento da parte di H3G a mezzo di fatture concluse con l'affidamento del recupero del credito a una società specializzata hanno evidentemente creato un prolungato disagio a carico dell'utente, raggiunto da infondate richieste di pagamento che hanno impegnato l'attività professionale del sig. Belloni, come attestato dalla puntuali contestazioni e richieste di chiarimenti avanzate contro H3G,

sempre immotivatamente disattese per comportamento dell'operatore gravemente e colpevolmente lacunoso, inidoneo a integrare quel livello minimo di informazioni richieste dall'utente per un corretto esercizio dei propri diritti; il protrarsi del disservizio, per mancata erogazione del servizio e assenza di esaustive e concrete spiegazioni di H3G, ha ingenerato nell'utente il dubbio circa la sussistenza di problemi capaci di aggravarsi, col rischio che venisse meno la stessa erogazione del servizio telefonico da parte del precedente operatore (Vodafone Omnitel N.V.). I motivi esposti inducono pertanto a disapplicare il predetto limite massimo di indennizzo, quantificandolo nella misura, prevista dalla Carta di servizi, di € 6 al giorno per ogni USIM, per un totale di € 30 *pro die* e per complessivi € 18.000, in ragione di seicento giorni inadempimento e disservizio da parte di H3G. Da tale importo dovrà essere defalcata la somma di € 186, pari all'indennizzo *pro die* calcolato per un mese, e dunque nella misura massima per trentun giorni, periodo nel quale l'utente ha utilizzato un telefono cellulare quale navigatore satellitare.

Tale importo deve essere congruamente limitato alla luce della circostanza che, per fatto di terzi (Vodafone Omnitel N.V.), l'utente ha comunque avuto il servizio telefonico sulle USIM: tale elemento non incide sulla responsabilità di H3G né sull'importanza del disservizio, ma si limita a ridurre il disagio subito dall'utente, nella misura che si ritiene equitativamente determinata in un quinto (1/5), come da prassi di questo ufficio in fattispecie analoghe a quella in oggetto (cfr. del. CORECOM 12/2010). Ne deriva pertanto che H3G è tenuta al pagamento della somma di € 14.251,20 (quattordicimiladuecentocinquantuno/20), come determinata per le motivazioni e le causali appena esposte.

In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in € 150,00, sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante ha partecipato, con assistenza, tanto all'udienza di conciliazione quanto a quella di definizione, svolte in luogo differente da quello di domicilio.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità,

DELIBERA QUANTO SEGUE:

In accoglimento dell'istanza di definizione della controversia tit. 1.10.21\9 (ovvero 1.10.21\11 VIII leg.), H3G, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via Alessandro Severo 246, è tenuta:

a) a corrispondere allo Studio tecnico di Belloni, via XXX, le somme così liquidate:

- 1) € 14.251,20 (quattordicimiladuecentocinquantuno/20), quale indennizzo per i disservizi e l'inadempimento contrattuale, come sopra motivato;
- 2) € 394,65 (trecentonovantaquattro\65), quale rimborso per le somme pagate dall'utente, come sopra motivato;
- 3) € 150,00 (centocinquanta\00), quale di rimborso delle spese di procedura come sopra motivato;

b) ad annullare tutte le fatture emesse a carico dello Studio tecnico di Belloni e/o del sig. Belloni XXX, in relazione al contratto oggetto della presente controversia, per le motivazioni sopra indicate.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata nel sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

H3G è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d. lgs 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119, d. lgs 104/2010 il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta giorni dalla notifica dello stesso.

Il Presidente

Prof. Avv. Gianluca Gardini

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini