

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

G. PAOLINI /H3G xxx/Wind Telecomunicazioni xxx

(LAZIO/D/633/2013)

Registro Corecom n. 24/2015

IL DIRIGENTE

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 del 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, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16/12/2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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

VISTA l’istanza dell’utente G. Paolini presentata in data 10 ottobre 2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato - nei confronti degli operatori H3G xxx e Wind Telecomunicazioni xxx – la mancata migrazione della propria utenza mobile con disattivazione e perdita del numero, la difforme fatturazione rispetto alla promo sottoscritta e per traffico extrasoglia e la mancata risposta al reclamo. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, ha dichiarato quanto segue:

- a) l'utente, titolare di utenza mobile con Wind sottoscriveva, il 31.5.2012, un contratto con H3g con profilo Top Smart 400 con iPhone4S al costo totale mensile di Euro 29,00, con sconto canone pari alla rata del telefono e contestuale portabilità del numero;
- b) la portabilità non avveniva e, in assenza di alcuna comunicazione all'utente, H3g trasformava in definitivo il numero provvisorio attivato nelle more, sul quale emetteva fatturazione, determinandosi così la perdita del numero originario;
- c) la fatturazione subiva un aumento dei costi per mancato rimborso della tgc come da promozione e per traffico extrasoglia; il reclamo di contestazione delle fatture del 20.12.2012 rimaneva senza risposta.

Richiedeva pertanto:

1. l'indennizzo (nei confronti di entrambi i gestori) per mancata portabilità, disattivazione non preavvisata dell'utenza con conseguente perdita della numerazione, per Euro 1.345,00;
2. l'indennizzo per l'attivazione di servizio non richiesto, in relazione al numero provvisorio poi diventato definitivo per Euro 1.750,00;
3. il rimborso dei costi non dovuti per la fatturazione contestata per un importo di Euro 87,72 + 100,00 di traffico extrasoglia;
4. la mancata risposta ai reclami per Euro 300,00;

2. La posizione di Wind

Wind declinava ogni responsabilità per la mancata portabilità dell'utenza, in quanto già disattiva all'epoca della procedura; in particolare eccepiva come la richiesta di importazione pervenuta da H3G, il 6.6.2012 fosse stata rifiutata con motivazione " *MSISDN disattivo da oltre 30 giorni*" (depositava applicativo MOG).

La sim era stata infatti disattivata il 5 gennaio 2012 –già da sei mesi al momento della richiesta di portabilità- ai sensi dell'art.8.7 delle c.g.c. per mancata ricarica nei dodici mesi antecedenti e mantenuta la numerazione disponibile per eventuale riattivazione nei dodici mesi successivi.

3. La posizione di H3G

Con la propria memoria H3G xxx richiedeva il rigetto delle domande dell'istante; in particolare precisava quanto segue:

- a) quanto alla mancata portabilità del numero, come da documentazione in atti, risulta che la prestazione è stata resa impossibile dalla disattivazione dell'utenza di cui al rifiuto notificato dal Donor Wind;
- b) quanto all'attivazione di servizio non richiesto (numerazione provvisoria) il contratto ha per oggetto l'attivazione di una nuova utenza sulla quale può essere attestato un precedente numero, fatto che si evince dal contratto firmato dall'Utente; che l'utenza in questione è stata

ampiamente utilizzata come risulta dai tabulati di traffico e dalla circostanza che, a seguito dell'esito negativo del port in, non è stata mai reclamata la mancata migrazione;

c) quanto ai rimborsi/indennizzi richiesti sulla fatturazione per mancato rispetto delle condizioni della promozione e di fatturazione di traffico extra soglia, precisa che gli sconti e il rimborso della tcg sono stati regolarmente applicati, come evincibile dalle fatture; quanto al traffico extrasoglia lo stesso era stato volontariamente effettuato attraverso accesso volontario ai servizi;

c) sulla mancata risposta ai reclami, segnala non esserne pervenuto alcuno fino all'istanza di conciliazione del 2.8.2013;

4. Motivazione della decisione.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Pretestuosa risulta l'eccezione sollevata in udienza dall'istante finalizzata allo stralcio delle repliche del gestore per tardività delle stesse, dal momento che è l'utente stesso a non aver assolto all'onere di allegare al Corecom la ricevuta della trasmissione dei propri atti a controparte, impedendo così la verifica del rispetto dei termini; rispetto che può dunque essere accertato con riferimento alla data di deposito delle memorie al fascicolo dell'ufficio; peraltro le stesse repliche dell'utente recano data ancora successiva a quella contestata.

Sulla mancata portabilità, disattivazione dell'utenza e perdita del numero telefonico.

La domanda sul punto, è infondata per le motivazioni che seguono.

E' incontestata tra le parti la richiesta di portabilità dell'utenza Wind sottoscritta il 31.5.2012; sono concordi le risultanze degli applicativi depositati da entrambi i gestori circa l'esito negativo comunicato dal Donating che ha reso impossibile da subito la prestazione perché l'utenza non era attiva; la causale del rifiuto comunicato "*MSISDN disattivo da oltre 30 giorni*" è espressamente prevista dalla Delibera n.78/08/CIR e s.m. con Delibera n.147/11/CIR, all'art.5, comma 10, lett. f) ; né il Donating né il Recipient sono pertanto responsabili del fallimento della procedura.

Risulta in atti che il numero in questione fosse stato già disattivato dal Gestore Wind prima che l'Istante ne richiedesse il trasferimento presso H3G, ai sensi dell'art. 8.7 delle c.g.c., cioè per mancata effettuazione delle ricariche nei dodici mesi precedenti e di cui, *infra*.

Per ciò che riguarda la condotta di H3G nella procedura di portabilità, esclusa la responsabilità tecnica del fallimento, permane però a suo carico un obbligo di informativa nei confronti del cliente riguardo alla mancata esecuzione dell'obbligazione assunta con il contratto e l'omissione, in assenza di prova contraria, è indennizzabile ai sensi dell'art.3, comma 2 e 3 dell'allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

Non può tuttavia sottacersi al riguardo, il comportamento particolarmente negligente

dell'utente che, non utilizzando la propria utenza quantomeno da 5 mesi, vista la disattivazione operata da Wind, peraltro a fronte di un ulteriore anno di mancate ricariche, ne ha richiesto la migrazione in occasione dell'adesione alla promozione "Top Smart 400" di H3g. La circostanza è confermata, oltre che dalla mancata prova in ordine a qualsivoglia doglianza, anche telefonica, sulla mancata portabilità del numero e ad un costante e prolungato utilizzo della numerazione provvisoria, dal tenore letterale dell'unico reclamo in atti del 20.12.2012, dove si contestano unicamente gli importi fatturati e la portabilità è citata esclusivamente quale condizione per l'applicazione degli sconti legati alla promo, senza alcun cenno alla sua mancata esecuzione.

L'inadempimento, come la perdita del numero, è inoltre lamentato per la prima volta con l'istanza di conciliazione del 2.8.2013, cioè ad oltre un anno dall'evento interruttivo, a conferma dello scarso interesse per le sorti di quella numerazione.

Alla luce di quanto espresso appare equo limitare il periodo indennizzabile per omessa informativa sugli impedimenti tecnici alla procedura di portabilità, ai 30 giorni successivi alla sottoscrizione del contratto con H3g, termine di efficacia della contestuale disdetta al precedente operatore Wind entro il quale l'utente, vista la ridotta tempistica regolamentare prescritta per la portabilità (1 giorno) avrebbe dovuto ragionevolmente attivarsi, se interessato, agli esiti della procedura; per la determinazione dell'indennizzo ai sensi dell'art.3, comma 2 e 3 dell'allegato A alla Delibera Indennizzi, si riconosce l'importo di Euro 45,00.

Quanto alla responsabilità dell'OLO Wind nella disattivazione dell'utenza, è smentita la prospettazione dell'utente circa l'avvenuta disattivazione a seguito di fallimento della portabilità; l'operatore ha provato che la disattivazione era avvenuta a causa delle mancate ricariche per dodici mesi precedenti, ai sensi delle condizioni generali di contratto e secondo quanto previsto dalle delibere di regolamentazione Agcom, da ultimo la n. 52/12/CIR (art.8.9), non provando tuttavia di aver reso il prescritto preavviso.

L'utente d'altro canto, non ha reclamato all'OLO la sospensione, né chiesto la riattivazione dell'utenza, dimostrando così il non utilizzo della stessa e lo scarso interesse per la numerazione, la cui perdita è stata infatti lamentata per la prima volta con l'istanza di conciliazione.

In tali casi, come da orientamento Agcom consolidato (ex multis Agcom det. 106/13/DIT) in carenza di preavviso sulla imminente sospensione del servizio e della cessazione del numero per mancata ricarica, ma in carenza di richiesta/reclamo dell'utente per la riattivazione, spetta a questi comunque un indennizzo per il periodo intercorrente tra la data di sospensione (5.1.2012) e il momento in cui l'utente avrebbe potuto ottenere la riattivazione dell'utenza se ne avesse fatto immediata richiesta (successive 48 ore).

Infatti, qualora venisse considerato l'intero periodo di disattivazione, l'operatore sarebbe costretto a corrispondere degli indennizzi maggiori a causa dell'inerzia dello stesso utente che, nel caso di specie, non ha mai chiesto la riattivazione dell'utenza limitandosi a chiederne la mancata migrazione/perdita del numero solo con l'instaurazione del contenzioso.

In effetti, la funzione degli indennizzi è quella di ristorare gli utenti, sebbene in misura preordinata, rispetto al patimento di un disservizio cui l'utente non abbia, in tutto o in parte, contribuito con il proprio comportamento (ex art.1227 c.c.).

Pertanto, la responsabilità di Wind per la disattivazione dell'utenza può essere riconosciuta solo per la sospensione del servizio non preavvisata, e dunque dà diritto all'utente ad essere indennizzato, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del Regolamento Indennizzi, in misura di euro 15,00, pari ad euro 7,50 per 2 giorni di sospensione.

Sull'attivazione di servizio non richiesto

La domanda, è infondata per le motivazioni che seguono.

Risulta in atti il contratto sottoscritto dall'Istante (Richiesta di Mobile Number Portability) relativo all'attivazione di un "numero di telefono in "3" corrispondente esattamente a quello fornito dal gestore H3G ed attualmente ancora in uso all'Utente.

E' peraltro pacifico, documentato nelle fatture, nonché nei tabulati forniti dal gestore, il regolare utilizzo dell'utenza, per la quale è stato anche avanzato il reclamo del 20.12.2012 avente ad oggetto "Contestazione addebiti tel xxxxxx304" con contestazione, tra l'altro, del traffico extrasoglia.

Peraltro l'interesse all'uso del nuovo numero è coerente, per quanto sopra esposto, al passaggio da un'utenza disattiva, ad una attiva e funzionante.

La doglianza dell'Istante sul punto risulta ingiustificata e viene rigettata.

Sulla mancata risposta ai reclami.

La domanda, sul punto, del Signor G. Paolini è fondata per le motivazioni che seguono.

Risulta in atti, un unico reclamo del 21.12.2012 cui non risulta che l'operatore Tre abbia risposto.

Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Attesa la mancata risposta, l'utente ha diritto all'indennizzo previsto dall'art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS che, tenuto conto del termine utile per la risposta (45 giorni) e della

data dell'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione (9.10.2013), si liquida in Euro 247,00.

Sull'eccessiva fatturazione rispetto all'offerta tariffaria prescelta.

La domanda è infondata e pertanto va rigettata.

Dall'esame della documentazione contrattuale depositata e dalle fatture, risulta che l'utente ha aderito alla promozione "Top Smart 400" abbinata al piano tariffario "Top 400" con canone mensile di Euro 29,24; la promo prevedeva lo sconto a 29,00 euro/mese sul canone del p.t. , il rimborso della tcg e, con la vendita a rate Tre, un ulteriore sconto sul canone pari alla rata del telefono.

Con riferimento alla n.1247373592 del 10.6.2012, relativa alla prima mensilità la scontistica applicata appare corretta; il canone mensile è decurtato della Tcg (10,33) e l'importo della rata azzerato; analogamente per la fattura n.1245519506 del 8.7.2012, dal canone di partenza dell'offerta Top 400 pari a 58,49/bimestre sono state decurtati gli importi pari alla TCG + sconto canone (10,82), nonché l'importo della rata (39,66), risultando un canone bimestrale pari a Euro 8,01.

La scontistica è corretta per tutte le successive fatture depositate dall'utente, dovendosi imputare l'aumento dei costi lamentato, unicamente alla fatturazione di traffico extrasoglia.

Sul traffico extrasoglia

Sul punto la domanda è fondata e merita accoglimento mediante rimborso delle somme contestate.

Trattandosi quasi totalmente di traffico voce, oltre alla Delibera 326/10/CONS per la residua componente dati, trova applicazione quanto disposto dall'art. 3, comma 6, della delibera 126/07/CONS, secondo cui *"Nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta"*. Da ciò consegue che, in caso di offerte che prevedono la possibilità di fruire di una determinata quantità di servizi, in termini di tempo o di volume, per un certo periodo di tempo ad un prezzo predefinito, l'operatore deve fornire idoneo preavviso all'utente circa l'imminente raggiungimento del limite prestabilito e una adeguata informativa sulla conseguente fatturazione aggiuntiva in caso di superamento del predetto limite. In mancanza di tali comunicazioni, gli importi addebitati all'utente con fatturazione "a consumo" per servizi fruiti "extra soglia", sono da considerarsi illegittimi.

Il gestore non ha fornito alcuna prova sull'avviso all'Utente del superamento del limite di traffico che, ai sensi della normativa applicabile e delle disposizioni contrattuali, deve necessariamente fornire all'Utente.

Deve pertanto ritenersi che H3G non abbia improntato la propria condotta al rispetto dei principi normativi sopra menzionati, considerato che ha omesso di avvisare l'utente del superamento delle soglie contrattualmente predefinite, non permettendo, quindi, allo stesso di monitorare in tempo utile il consumo del traffico generando così addebiti non voluti. La richiesta di rimborso del pagamento effettuato per gli importi oltre soglia viene, pertanto, accolta ed il gestore è tenuto a versare a favore dell'utente la somma di Euro 67,47 (i.i.)

5. Sul rimborso delle spese per la procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *“del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”*.

Nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, la parziale soccombenza, nonché la congruità delle offerte tra transattive, si ritiene congruo compensare le spese della procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

Articolo 1

1. Il parziale accoglimento nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dal Sig. G. Paolini e, pertanto:

La società H3G xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, compensate le spese, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data dell'istanza di definizione:

- Euro 45,00 (quarantacinque/00) ex art.3.2.3 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;
- Euro 247,00 (duecento quarantasette/00) ex art. 11 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;
- Euro 67,47 (sessantasette/47) quale rimborso di traffico extrasoglia non preavvisato, oltre interessi legali a decorrere dalla data del pagamento;

- La società Wind Telecomunicazioni xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, compensate le spese, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data dell'istanza di definizione:
- Euro 15,00 (quindici/00) ex art.4.1 allegato A alla Delibera Indennizzi;

2. Le società H3g xxx e Wind Telecomunicazioni xxx sono tenute, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

3. 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.

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

5. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 27/03/2015

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto