

Verbale n. 13

Adunanza del 8 settembre 2017

L'anno duemiladiciassette, il giorno otto del mese di settembre, alle ore 9.30 in Torino presso la sede del Corecom, piazza Solferino n. 22, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Alessandro DE CILLIS, Presidente, Gianluca Martino NARGISO, Vicepresidente, Vittorio DEL MONTE, Commissario e con l'assistenza della Signora Pina Rosa Serrenti nella funzione di Segretario verbalizzante.

### **Delibera n. 65 – 2017**

**Oggetto: Definizione della controversia GU14 262/2016 – XXX PESCATORI / WIND-TRE S.P.A.**

#### **IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI**

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249 *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

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*;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

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, il Consiglio regionale del

Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*;

VISTA l'istanza GU14 1.11.12.5/262/2016 del 20.7.2016, XXX Pescatori chiedeva l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni (di seguito, per brevità, Corecom) per la definizione della controversia in essere con Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A., di seguito H3G), ai sensi dell'art. 14 del Regolamento;

VISTA la nota con cui il Corecom comunicava alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE la memoria e le repliche presentate dalle parti;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario avv. Vittorio Del Monte;

## **CONSIDERATO**

quanto segue:

### **1. Oggetto della controversia.**

L'istante nei propri scritti difensivi, rappresenta:

- di essere stato contattato da H3G proponendo l'aggiornamento migliorativo del piano tariffario e un nuovo telefono cellulare;
- che l'operatore attivava invece una nuova sim;
- che, alla ricezione del terminale, apprendeva di aver altresì ricevuto una nuova sim con relativa numerazione non richiesta;
- che si recava in un punto vendita H3G di Torino per richiedere informazioni e il negoziante riferiva l'inutilità della nuova sim che tratteneva;
- che tuttavia si accorgeva da subito di addebiti relativi a 2 sim e a nulla sono valse gli innumerevoli contatti telefonici per cercare chiarimenti;
- che la nuova sim non è mai stata inserita in alcun telefono e quindi il traffico fatturato viene disconosciuto.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) la copia del contratto o del *verbal order* da cui appurare l'accettazione del rinnovo del solo piano tariffario, non di una nuova numerazione;
- 2) il rimborso di € 300,00 per la gestione della pratica;

- 3) lo storno integrale di tutte le fatture emesse per la numerazione XXX;
- 4) il rimborso di € 240,00 per la durata di mesi 8 di attivazione di servizi non richiesti;
- 5) l'indennizzo di € 300,00 per la mancata risposta ai reclami e alle diffide.

L'operatore, nella memoria difensiva in sintesi rappresenta:

- che la numerazione XXX veniva attivata in data 21.4.2013 con piano tariffario "PRO 3000" e abbinata all'offerta commerciale "Vendita Rate Abb. 30" che prevedeva l'acquisto rateizzato dell'apparato telefonico e un corrispettivo in caso di recesso anticipato;
- che le numerazioni XXX e XXX non sono più attive sulle reti H3G dal 2013;
- di ritenere inammissibile e/o improcedibile la domanda di consegna della copia del contratto o del *verbal order* in quanto non rientrante nell'ambito delle competenze attribuite al Corecom;
- di ritenere altresì inammissibili e/o improcedibili le domande di consegna della copia del contratto o del *verbal order*, di storno della fatture riconducibili alla numerazione XXX e di corresponsione della somma di € 240,00 per attivazione di servizi non richiesti in quanto domande nuove, mai formulate nella fase conciliativa;
- che le odierne contestazioni sono tardive in quanto formulate per la prima volta con il deposito dell'istanza di conciliazione, impedendo al gestore di verificare la sussistenza di segnalazioni avversarie;
- che, non risultando segnalazioni scritte a valle dell'emissione delle fatture come previsto dalla Carta dei Servizi, H3G non poteva immaginare che il servizio sarebbe stato oggetto di contestazione;
- che, anche alla luce delle limitazioni imposte dall'art. 123, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 196/2003 secondo cui è possibile conservare il tabulato del traffico per un periodo non superiore a 6 mesi salvi i casi di contestazioni, il gestore vede compromesso il proprio diritto di difesa;
- che l'adesione a una nuova offerta commerciale, non già a un aggiornamento del piano tariffario, è documentato dal supporto magnetico prodotto che attesta la registrazione vocale del consenso;
- che gli importi fatturati generati dalla numerazione XXX sono corretti;
- che anche la richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami è da respingere in quanto l'istante non ha prodotto i reclami di cui si tratta;
- che il ricorrente è debitore di H3G della somma complessiva di € 2.057,02.

Chiede pertanto, ritenendo infondato quanto *ex adverso* lamentato, il rigetto di ogni domanda avversaria.

Con memoria di replica del 19.9.2016, l'avv. Pescatori rileva:

- che il gestore sostiene falsamente di non aver mai ricevuto alcuna comunicazione precedente all'avvio della presente procedura e produce raccomandate del 1 giugno 2013 e del 30 dicembre 2013;
- che la prima delle due raccomandate è stata inviata in risposta a una proposta transattiva trasmessa dal gestore all'istante, dimostrazione quindi che erano stati avanzati reclami telefonici;
- che la seconda raccomandata è stata trasmessa a contestazione delle fatture che portavano costi di servizio nonostante l'utenza fosse stata migrata verso altro gestore;
- che le note di credito prodotte da H3G, emesse nel gennaio 2014 e quindi successivamente alla raccomandata del 30.12.2013 di contestazione delle fatture, dimostrano come le fatture portassero costi per servizi non erogati;
- che il *verbal order* prodotto è generico, non riferisce i costi di gestione né quelli di acquisto dell'apparato e afferma che l'utente non avrebbe versato la tassa di concessione governativa.

Chiede inoltre l'integrale risarcimento dei danni conseguenti alla ricezione delle cartelle esattoriali ricevute per il mancato pagamento delle tasse di concessione governativa.

Con memoria di replica del 20.9.2016, H3G precisa:

- che, in occasione dell'attivazione della numerazione di cui si discute, come si evince dal *verbal order* prodotto, l'istante è stato edotto del fatto che fosse necessaria la portabilità interna del vecchio numero per non incorrere in doppie fatturazioni;
- che fosse necessaria la portabilità interna era nota all'istante fin dal 2013 quando il gestore avanzava proposta transattiva;
- che il ricorrente era stato informato che l'unico rimedio possibile per effettuare il ricongiungimento fra numero vecchio e piano tariffario nuovo era la portabilità interna;
- che, in ogni caso il gestore era comunque intervenuto inviando una proposta transattiva che prevedeva, fra l'altro, la portabilità interna del XXX sul XXX;
- che il sig. Pescatori non riteneva di accettare la predetta proposta e, dopo più di tre anni, l'oggetto del contenzioso è il medesimo;
- che è censurabile il comportamento del ricorrente il quale, pur essendo stato edotto delle modalità di risoluzione della problematica, ha preferito introdurre il procedimento dinnanzi al Corecom.

## **2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame.**

## A) Sul rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'Art. 14 del Regolamento, ad eccezione delle domande poste *sub* n. 1) e 4).

La richiesta *sub* 1) non rientra nell'ambito delle competenze decisorie del Corecom adito, come definite dall'art. 19 della Delibera Agcom n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni, ai sensi del quale: *“L’Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell’istanza, può condannare l’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”*.

Tale disposizione, unitamente alle indicazioni fornite dalla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, delimita e circoscrive, infatti, il contenuto della pronuncia di definizione, da intendere come vincolato alla esclusiva possibilità per il Corecom di condannare l'operatore al rimborso e/o storno di somme non dovute ed alla liquidazione di indennizzi.

Occorre peraltro rilevare che la richiesta di consegna del *verbal order* è superata dalla produzione agli atti della registrazione da parte dell'operatore.

In ordine invece alla richiesta *sub* 4) di “rimborso di € 240,00 per la durata di mesi 8 di attivazione di servizi non richiesti”, la stessa deve dichiararsi inammissibile in quanto non formulata dall'istante nel formulario UG introduttivo della fase di conciliazione della controversia, ma indicata per la prima volta nell'istanza di definizione: la domanda non risulta pertanto essere stata oggetto del preventivo tentativo di conciliazione.

Quanto poi alla domanda di “integrale risarcimento dei danni conseguenti alla ricezione delle cartelle esattoriali per il mancato pagamento delle tasse di concessione governativa”, formulata per la prima volta dal ricorrente solo nella memoria di replica, si precisa che è inammissibile in quanto circostanza nuova. Con le memorie di replica le parti possono solo replicare alle deduzioni avversarie e illustrare ulteriormente le tesi difensive già enunciate nell'atto introduttivo, sicché, se è prospettata per la prima volta una questione nuova con tale atto, il giudicante non può e non deve pronunciarsi al riguardo (Cass. sez. I, n. 22970/2004).

## B) Nel merito.

Nel merito, alla luce della ricostruzione fornita dall'avv. Pescatori e di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate da parte istante possono essere accolte parzialmente come di seguito precisato.

Il caso in esame attiene, in sintesi, ad una controversia concernente, la contestazione relativa all'emissione, da parte dell'operatore H3G, di fatturazione relativa alla numerazione XXX che l'istante sostiene di non aver né richiesto né voluto.

In particolare il ricorrente, nei propri scritti difensivi, dichiara di aver prestato il consenso verbale, a seguito di un contatto telefonico, all'applicazione di un piano tariffario migliorativo sulla propria sim già attiva XXX unitamente alla fornitura di un terminale, non già ad un nuovo contratto con attivazione di una nuova sim e relativa nuova numerazione.

In relazione alla fattispecie dedotta in controversia si tratta di accertare, attesa la contestazione dell'utente, se la dinamica di prospettazione dell'offerta, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi conseguenti, abbia integrato i requisiti

posti dalla normativa a tutela del contraente debole, in quanto il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt.51 e ss. del Codice del Consumo). Tali regole di protezione tengono conto della peculiarità dello strumento negoziale in esame che si caratterizza per la carenza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore rispetto alla controparte soprattutto per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la "distanza" lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo.

Sulla scorta della normativa generale è la Delibera Agcom n. 664/06/CONS, vigente all'epoca dei fatti, che ha imposto vincoli stringenti alla condotta dell'operatore di comunicazioni elettroniche che adotti la tecnica "a distanza" per la stipula dei contratti di telefonia; ciò in considerazione di un ambito caratterizzato da costante evoluzione tecnologica e concorrenzialità del mercato, dove le capacità di orientamento e valutazione del consumatore sono oltremodo sollecitate e si postula l'esigenza di configurare uno *jus poenitendi* rafforzato e di agevole esercizio, soprattutto quando la proposta sia telefonica. Assume rilievo il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 2 (Conclusione dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica) che stabilisce, in linea generale, che la volontà inequivoca dell'utente di concludere il contratto deve risultare da un modulo, ovvero altro documento contrattuale anche elettronico, con la specifica che nel caso venga utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi sul contratto stipulando ed il consenso informato dell'utente, "possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, "sempre che l'operatore abbia adempiuto anche agli oneri di cui al comma seguente"; ciò deve avvenire, ai sensi del successivo comma 6, mediante l'invio di un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni di cui all'art. 53, comma 1, del Codice del Consumo, nonché delle informazioni di cui all'art. 52, quelle cioè relative al contratto concluso.

Ciò premesso, nel caso di specie, agli atti non risulta alcun contratto firmato tra le parti, ma esclusivamente la registrazione vocale fornita dall'operatore, dalla cui audizione non è chiaro il riferimento all'attivazione di una nuova numerazione.

Deve rilevarsi infatti una responsabilità in capo all'operatore per inesatto adempimento contrattuale, in mancanza di elementi atti a smentire le deduzioni dell'utente.

Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cass. Civ. Sez. II, 17 febbraio 1986 n. 947) la bolletta/conto telefonico, alla cui emissione l'utente non partecipa, si presenta in concreto come atto unilaterale di mera natura contabile non dissimile dalla fattura, che si limita a rappresentare una data situazione secondo la conoscenza e il convincimento dell'operatore e 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 del conto telefonico nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (argomentando da Cass., Civ.I II, 28 maggio 2004, n. 10313) .

Alla luce di quanto sin qui osservato, si ritiene quindi che, in merito alle fatture emesse non pagate, l'istante abbia diritto allo storno delle somme relative alla numerazione XXX.

Quanto alla richiesta di indennizzo per mancato riscontro ai reclami, parte istante ha depositato copia del reclamo del 30.12.2013, lamentandone il mancato riscontro e chiedendo, contestualmente, il relativo indennizzo.

Dalla documentazione in atti non risulta che l'operatore abbia fornito all'istante riscontro al reclamo ricevuto.

La mancata ovvero tardiva risposta al reclamo, nei termini stabiliti dalla carta dei servizi e dalle delibere dell'Autorità, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", indennizzo da computarsi ai sensi dell'art. 11 Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS "Se l'operatore non fornisce risposta al reclamo entro i termini stabiliti dalla carta dei servizi o dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari a € 1,00 per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di € 300,00". L'indennizzo di cui al comma 1) è computato in misura unitaria a prescindere dal numero di utenze interessate dal reclamo ed anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio".

Pertanto posto che l'operatore H3G non ha fornito prova di aver correttamente risposto al reclamo ricevuto in data 14.1.2014, si ritiene equo e proporzionale riconoscere l'indennizzo spettante all'utente all'utente nella misura massima di € 300,00.

La quantificazione del presente indennizzo va effettuata esclusivamente sulla base del Regolamento Indennizzi in quanto la controversia è stata introdotta dopo l'entrata in vigore del medesimo e in quanto non è stata prodotta la Carta dei Servizi H3G vigente ai tempi.

\*\*\*

Poiché gli indennizzi riconosciuti da questa Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, quindi, devono tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura di risoluzione della controversia, l'indennizzo come sopra in ultimo determinato deve essere maggiorato dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo.

### **C) Sulle spese del procedimento.**

Nel caso di specie si ritiene che possa essere corrisposto l'importo di € 100,00 a titolo di rimborso spese dei procedimenti di conciliazione e definizione, tenuto conto del comportamento delle parti e delle difese svolte, così come più sopra descritte.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

### **DELIBERA**

l'accoglimento parziale, per i motivi sopra indicati, dell'istanza presentata da XXX PESCATORI, residente in XXX contro l'operatore Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, corrente in XXX, il quale è tenuto a:

**Stornare** i corrispettivi di tutte le fatture emesse a fronte della numerazione XXX dalla data di attivazione e fino alla cessazione della stessa;

**Corrispondere** all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo, la somma di € 300,00;

**Corrispondere** all'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, a titolo di spese di procedura, la somma di € 100,00.

**Rigetta** la domanda *sub* 1), 4) e quella relativa alla richiesta di “integrale risarcimento dei danni conseguenti alla ricezione delle cartelle esattoriali per il mancato pagamento delle tasse di concessione governativa”, per i motivi sopra specificati.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'at. 19, comma 5 del Regolamento.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

IL PRESIDENTE  
Alessandro De Cillis

Il Commissario relatore  
Vittorio Del Monte