

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 100

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Carbone xxx c/ H3G

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 20/5/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico" ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza dell'8 marzo 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 11408, con cui la sig.ra xxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Società H3G; ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e succ. modif. ed int.;

la nota del 14 marzo 2013 (prot. n. 12323), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

la nota del 22 marzo 2013 di convocazione (prot. n. 13853), con cui il Responsabile del procedimento ha convocato le parti all'udienza;

il verbale di definizione della controversia dell'udienza del 18 aprile 2013;

gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il ricorrente ha depositato, presso questo Co.Re.Com., istanza di definizione della controversia, lamentando di aver sottoscritto nel mese di ottobre 2011, un contratto telefonico con l'operatore H3G denominato "Special Pro 400" no business con un costo mensile pari a € 25,16 (€ 20,00 + € 5,16). Il ricorrente ha sostenuto che il gestore, tuttavia, ha attivato un contratto diverso ovvero "Top 400", non inviando neanche le relative fatture. Dopo numerosi reclami, e per i suesposti motivi, l'istante, l'8 marzo 2013 con istanza introduttiva del presente contenzioso, ha ribadito le proprie doglianze ed ha avanzato le medesime pretese già proposte in sede di tentativo di conciliazione: "*giusto indennizzo per i disagi patiti e l'indennizzo per mancato riscontro ai reclami*".

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 14 marzo 2013, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari; l'operatore e l'istante hanno prodotto, memorie difensive e documentazione a supporto della rispettiva posizione.

L'operatore contesta la ricostruzione della vicenda effettuata dall'utente e rileva l'infondatezza dell'istanza di definizione di cui ha richiesto il rigetto con ogni conseguenza di legge, specificando in aggiunta a ciò, che: "*l'utenza xxxx è stata attivata su richiesta dell'istante il 12 ottobre 2011 secondo la proposta di abbonamento Top 400 sottoscritta dalla sig.ra xxx*", circa il presunto mancato invio delle fatture, il gestore invece ha regolarmente inviato le stesse all'indirizzo indicato nel contratto dall'istante.

Il ricorrente con note di replica alla memoria dell'operatore, sottolinea che ha regolarmente pagato tutte le fatture, nonostante il contratto allegato dall'operatore non coincida con quanto richiesto ("Special pro 400" no business), e nonostante non sia stato sottoscritto dall'istante.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

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

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: sia all'udienza di conciliazione che di definizione le parti non hanno conciliato.

2. Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto l'attivazione di un contratto non richiesto, l'inadempimento contrattuale e la mancata risposta ai reclami da parte dell'operatore H3G.

2.1 Sulla richiesta di indennizzo per l'attivazione di un contratto non richiesto e il relativo inadempimento contrattuale.

L'oggetto del presente procedimento, riguarda l'attivazione di una proposta commerciale non richiesta.

La proposta di abbonamento sottoscritta ed allegata agli atti (dall'operatore) è "Pro 400". Essa consiste in un piano tariffario a soglie. Al superamento delle predette soglie, deriva la tariffazione a consumo degli ulteriori servizi fruiti.

Onere del ricorrente è quello di dimostrare la fonte negoziale del suo diritto, in base al principio di cui all'art. 2697 (Onere della prova): *"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento"* e *"chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"*. Più in particolare, in tema di contratti telefonici, le questioni relative all'onere della prova sono pacificamente risolte in tal senso: *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento"* (Cass. Civ. n. 2387/04; cfr. Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936).

Nella fattispecie, il ricorrente ha dedotto l'inadempimento del gestore, relativo all'attivazione errata del piano telefonico richiesto; l'operatore però, dinanzi a ciò, ha fornito prova di segno opposto, attraverso l'esibizione della documentazione (in atti), del contratto sottoscritto dalla sig.ra xxx, dal quale si evince chiaramente l'accettazione alla proposta "Pro 400" e non "Super Top 400".

Inoltre come ha sostenuto il gestore nelle proprie memorie, entrambi i piani di cui trattasi, sono piani tariffari a soglie, "identici", potendo usufruire il ricorrente di 100 minuti settimanali per il traffico voce, 25 sms a settimana, 2 GB al mese per il traffico dati sotto rete Tre. Unica differenza è relativa alla tipologia di contratto, ovvero la tariffa "Pro 400" è un profilo tariffario attivabile solo per i segmenti "business" e per i titolari di partita Iva.

Dalla copia del contratto - allegata agli atti -, si evince che la sig.ra xxx ha fornito la propria partita Iva; tra l'altro, nello stesso è specificato che: *"se il cliente fornisce la propria partita Iva la Usim/Usim Tv verrà attivata con finalità affari"*.

Alla luce di tale ricostruzione, occorre precisare che l'istante - solo il 21 giugno 2012, a distanza di nove mesi dalla sottoscrizione del contratto de quo, (avvenuta nel mese di ottobre 2011) - reclama e contesta alla "3" tramite fax, le somme in fattura per l'errata applicazione del piano tariffario e per la mancata ricezione delle stesse; questi, inoltre, instaura il tentativo di conciliazione nel mese di gennaio 2013 ovvero ben 8 mesi dopo il primo reclamo inoltrato al gestore.

A tal proposito si richiama l'art. 9 del Codice di condotta e Carta servizi delle garanzie della clientela di H3G, la quale prevede che: *"i clienti hanno diritto di presentare reclami e segnalazioni, senza oneri aggiuntivi, relativamente agli importi addebitati in fattura o sul credito residuo prescritto, per telefono, contattando il Customer Care ai numeri 133 o 139, via mail tramite la funzionalità Faq e contattaci dell'Area clienti 133/139, disponibile dal sito internet tre, accedendo all'area clienti 133 o 139, o raccomandata a/r ... , a mezzo fax, entro 90 giorni dalla data di emissione della fattura contestata, salvo che tale fattura sia arrivata in ritardo e che tale circostanza sia dimostrabile"*.

Le somme in fattura, oggi contestate, tuttavia rispecchiano le cifre indicate nel formulario GU14 dall'istante, come quelle che lo stesso avrebbe dovuto pagare, € 20 + € 5,16 = € 25,16, a cui però vanno sommate il bollo, l'Iva, la tassa di concessione, le rate del terminale ed il traffico a consumo extra soglia.

In ordine alla mancata ricezione delle fatture, contestata dall'istante, occorre evidenziare che l'operatore le ha inviate all'indirizzo indicato nel contratto dalla sig.ra xxx. Inoltre questi, nonostante la mancata ricezione delle fatture e nonostante i reclami circa il presunto cambio tariffario, ha sempre regolarmente pagato i relativi importi.

Valutati tutti gli elementi appena esposti, si ritiene di non poter riconoscere all'istante, l'indennizzo per l'attivazione di un contratto non richiesto, né quello per inadempimento contrattuale. Si ritiene quindi di rigettare le richieste formulate dalla sig.ra xxx.

2.2 Sulla manca risposta ai reclami.

Quanto alla richiesta dell'utente di indennizzo da mancata risposta ai reclami, si rileva che l'art. 8 della delibera Agcom 179/03 stabilisce che occorre garantire agli utenti la possibilità di presentare reclami e segnalazioni, senza oneri aggiuntivi, per malfunzionamenti o inefficienze dei servizi, e che è fatto obbligo agli operatori di assicurare la tracciabilità degli stessi reclami, per dimostrare l'esistenza delle segnalazioni da parte degli utenti e dare riscontro ai reclami medesimi entro i termini stabiliti dalle rispettive Carte dei servizi degli operatori.

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 esauritivo, 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.

Nel caso di specie, l'utente ha dimostrato documentalmente di aver inviato un reclamo (tramite fax) il 21 giugno 2012, al quale l'operatore non ha dato riscontro. Per tali ragioni, si accoglie la richiesta di indennizzo, formulata dall'istante, per la mancata risposta ai reclami, da calcolarsi dal 45° giorno successivo alla ricezione del predetto reclamo (come previsto dalla Carta servizi H3G) ovvero dal 5 agosto 2012 al 14 febbraio 2013 (data dell'udienza di conciliazione). E' dunque accolta la richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami per complessivi 189 giorni di ritardo.

L'indennizzo è determinato in € 189,00 (centoottantanove/00) - per complessivi 189 giorni, al parametro giornaliero di euro 1,00, conformemente a quanto stabilito dall'art. 11 della delibera 73/11 CONS, allegato A.

Atteso che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Comitato all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

3. Sulle spese di procedura.

L'art. 19, al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/ CONS, sancisce che nel determinare rimborsi e gli 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, entrambe le parti sono comparse alle due udienze (1° e 2° grado).

Per tali motivi, si ritiene equo, compensare le spese della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

L'accoglimento parziale, nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dalla sig.ra xxx nei confronti della società H3G.

Per il che l'operatore è tenuto a corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, la seguente somma:

1) l'indennizzo di Euro 189,00 (centoottantanove/00) per mancata risposta ai reclami;

Le spese di procedura sono compensate tra le parti.

2) E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale l'eventuale danno, come previsto dall'articolo 19 comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/ CONS;

3) Si precisa che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia sino al soddisfo;

4) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259";

5) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

6) Il gestore è tenuto a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale