

Co.Re.Com. Cal/Nic

DELIBERAZIONE N. 97

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Tassone 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 del 27 febbraio 2013, acquisita al prot. n. 9664 Co.Re.Com. Calabria, con cui la sig.ra xxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la 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 5 marzo 2013 (prot. n. 10674), 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 convocazione all'udienza del 22 marzo 2013, con nota (prot. n. 13855), disposta dal Responsabile del procedimento;

il verbale di udienza di definizione della controversia dell'8 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 che il 16 dicembre 2012 l'H3G ha illegittimamente e senza preavviso disattivato l'utenza mobile xxx, causando la perdita del numero. L'istante specifica, di aver ricaricato la sim il 16 novembre 2012 e di aver effettuato traffico dati il 3 dicembre 2012.

Per i suesposti motivi, l'istante ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., il tentativo di conciliazione con l'operatore H3G, che si è concluso con un verbale di mancata conciliazione. Il 27 febbraio 2013 la sig.ra xxx, 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: "riattivazione della sim con la stessa numerazione ed il medesimo piano tariffario (Super 10) e indennizzo per il tempo di non utilizzo della scheda, rimborso delle spese di procedura".

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 5 marzo 2013, sono stati chiesti alle parti i chiarimenti istruttori ritenuti necessari; solo l'operatore ha prodotto, memoria difensiva 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:

- *"la disattivazione dell'utenza è stata legittimamente posta in essere il 16 dicembre 2012 in conformità dell'art. 5.4 delle Condizioni generali di contratto";*
- *"non è stato riscontrato alcun utilizzo a pagamento dei servizi UMTS negli ultimi cinque mesi prima della disattivazione";*
- *"l'operatore ha inviato uno specifico sms, esplicativo evidenziando all'istante che avrebbe dovuto effettuare traffico a pagamento entro il 20 novembre 2012 per evitare la disattivazione entro il 31 dicembre 2012";*
- *l'istante ha effettuato solo un evento di traffico a pagamento (traffico dati) il 2 dicembre 2012; oltre il termine indicato dal gestore".*

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, ai fini della liquidazione delle spese di procedura, come si evince dai verbali agli atti: entrambe le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione e di definizione, pur senza raggiungere alcun accordo.

2. Riguardo al merito.

La presente controversia ha come oggetto la disattivazione della scheda sim senza preavviso e il relativo indennizzo da parte dell'operatore H3G.

2.1 Sulla disattivazione della scheda sim senza preavviso e il relativo indennizzo.

Il disservizio lamentato dalla ricorrente consiste nella disattivazione della propria scheda sim, da parte dell'operatore H3G, senza alcun preavviso.

Il servizio di che trattasi è di tipo "mobile e personale".

Per meglio inquadrare la fattispecie, occorre premettere che il contratto stipulato tra le parti è indubbiamente un contratto di somministrazione, per cui *"una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose"* (art. 1559 c.c.). Nell'ambito del contratto le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. E' noto l'orientamento costantemente espresso dalla Suprema Corte (Cass. Civ. n.2387/04), secondo il quale *"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"*.

All'occorrenza, l'operatore può dimostrare l'adempimento anche tramite il deposito delle prove tecniche effettuate, dando prova di aver rispettato gli standard di qualità previsti dal contratto e dalla normativa".

Nel caso di specie, l'operatore assume di aver applicato la clausola contenuta nell'art. 5.4 (delle proprie condizioni generali di contratto) che sancisce: *"in caso di servizi Umts prepagati e, se previsti dal piano tariffario, di servizi televisivi, prepagati, fornirà al cliente i predetti servizi Umts e i servizi televisivi per periodi di 5 mesi decorrenti dal giorno dell'attivazione della USIM o della USIM TV o dall'ultimo utilizzo a pagamento dei servizi UMTS o servizi televisivi effettuato dal cliente, più un ulteriore mese durante il quale la Usim o la Usim Tv sarà abilitata alla ricezione di servizi gratuiti. Trascorso detto periodo H3g, si riserva di disattivare la Usim o la Usim Tv"*.

L'istante ha contestato l'illegittimità della disattivazione della scheda sim prepagata, avvenuta a suo dire – peraltro – senza preavviso; ha richiesto il ripristino della numerazione telefonica associata alla scheda sim, nonché l'indennizzo per il tempo relativo alla non fruizione di detta sim. Stando agli atti istruttori, risulta che la società H3G come dichiarato e dimostrato in memoria, ha inviato l'sms informativo relativo alla disattivazione della sim; ha prodotto, schermata estrapolata dal portale "3", dalla quale si evince l'elenco delle numerazioni "3", alle quali in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 5.4 condizioni generali di contratto, il gestore ha inviato l'sms di disattivazione usim. Dall'analisi di tale produzione, si deduce anche il numero telefonico in oggetto, della signora xxx. Considerato ciò, il gestore ha dimostrato di aver adempiuto ai propri oneri informativi. Ma vi è di più, la ricorrente, all'atto della sottoscrizione del contratto è stata messa al corrente che i servizi Umts, vengono erogati per un periodo di 5 mesi decorrenti dall'attivazione della Usim o dall'ultimo utilizzo di un servizio a pagamento.

Nel caso de quo, la ricorrente non ha eccepito nulla al riguardo, ossia che ha "utilizzato un servizio a pagamento" per cui la disattivazione oggi sarebbe illegittima. Quindi considerato ciò la "3", ha legittimamente disattivato il servizio anzi per mero spirito conciliativo, l'operatore sia in memoria che in sede d'udienza di definizione, ha proposto all'istante: *"il recupero della numerazione – l'attivazione senza costi di qualsiasi piano tariffario tra quelli oggi in commercio e la somma di Euro 100,00 (cento/00), da erogarsi come ricarica o sconto"*.

L'istante ha però ribadito di non essere interessato alle proposte bonarie formulate da H3G e di volere unicamente la riattivazione del vecchio piano tariffario e la riattivazione della vecchia numerazione.

A tal proposito, è utile evidenziare che la società non può riattivare il vecchio piano tariffario, "non essendo più un'offerta attivabile, in quanto non più in commercio".

Valutati tutti gli elementi appena esposti, si ritiene di non poter riconoscere all'istante, un indennizzo per disattivazione della sim e relativo indennizzo e quindi di rigettare le richieste formulate dalla ricorrente.

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, sia l'udienza di conciliazione che di definizione si sono concluse con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

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

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

1) Di rigettare l'istanza presentata dalla signora xxxx, nei confronti della società H3G;

2) E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale danno subito, 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) 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";

4) 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;

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