

DELIBERA DL/144/15/CRL/UD del 11 settembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

HOTEL ROBINSON XXX / H3G xxx

(LAZIO/D/219/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella riunione del 11 settembre 2015;

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 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 Hotel Robinson xxx presentata in data 11.03.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

La società istante ha lamentato – nei confronti di H3G xxx di seguito per brevità “H3G” – fatturazione non conforme al contratto sottoscritto chiedendo la risoluzione dello stesso unitamente allo storno di tutte le fatture insolute, nonché di rientrare in possesso della numerazioni xxxxxxx945 e xxxxxxx946 di sua proprietà da oltre 20 anni.

In particolare, nella sola istanza introduttiva del procedimento di conciliazione, richiamata per rinvio nel successivo procedimento di definizione, l’istante ha dichiarato quanto segue:

a. già cliente H3g per n.2 sim, aderiva, in data 13.03.2012, ad un contratto con un agente H3G che prevedeva un canone mensile di € 45,00, più l’attivazione di una nuova sim a 24 Euro mensili, con tre terminali gratuiti due assistenze casco full e una kasko mini a 3 Euro mensili e la tcg gratuita; inoltre una chiavetta con internet illimitato in omaggio; il tutto con una postilla scritta sul contratto, che il medesimo era da ritenersi valido e perfezionato soltanto a condizione che

l'operatore avesse fornito un segnale ricevibile almeno all'interno della reception, cosa che non si è mai verificata;

b. le fatture pervenute erano invece molto più alte di quelle previste contrattualmente; le stesse venivano contestate con raccomandate del 7.5.2012 (ricevuta il 16.5.2012 e il 19.7.2012 (ricevuta il 24.7.2012)

c. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 18.12.2013, si concludeva con esito negativo poiché la richiesta dell'istante di storno integrale dell'insoluto, non veniva accordata dall'operatore;

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto;

i. risoluzione del contratto alla data dell'ultima fattura senza ulteriori esborsi da parte dell'istante;

ii. rientro in possesso delle numerazioni di proprietà degli istanti da oltre 20 anni.

2. La posizione dell'operatore H3G.

H3G ha dedotto, nella propria memoria difensiva, che l'utente, in data 21.3.2013 aveva sottoscritto una proposta di abbonamento , con relativa accettazione delle relative condizioni contrattuali, per l'attivazione delle seguenti sim :

- xxxxxx 175 con Piano PRO1600 Business in abbinamento con terminale Samsung Galaxy Note rateizzato in 30 mesi – con vincolo contrattuale- ; sulla sim il 9.4.2012 era stata effettuata la portabilità interna della sim xxxxxx 946 già in uso all'utente con p.t. Powerfull Business e Nokia N96)
- xxxxxx840 con Piano PRO1600 Business in abbinamento con terminale Samsung Galaxy Note rateizzato in 30 mesi – con vincolo contrattuale sulla sim il 9.4.2012 era stata effettuata la portabilità interna della sim xxxxxx 946 già in uso all'utente con p.t. Powerfull Business e Nokia N96)
- xxxxxx690 (nuova linea) con Piano Pro800 Business con terminale Samsung Galaxy Note rateizzato in 30 mesi – con vincolo contrattuale- ;
- xxxxxxxx998 con piano B.Time Large Business (chiavetta) in abbinamento al terminale "Huawei E353" rateizzato in 24 mesi con vincolo contrattuale;

in ordine alla richiesta di risoluzione contrattuale avanzata dall'istante, H3G deduceva che l'istante aveva revocato l'addebito in c/c delle fatture in violazione dell'art. 15 comma 1 delle Condizioni Generali del Contratto, rendendosi inadempiente al pagamento delle fatture successive; che in ragione di ciò e della mancata risposta al sollecito di pagamento del 26.02.2013 e del preavviso di risoluzione del contratto, ricevuto dall'istante in data 20.05.2013, si era provveduto tra il 30-31.05.2013 alla disattivazione delle linee.

In conseguenza della risoluzione anticipata del contratto erano perciò dovute anche le somme successivamente fatturate a titolo di recesso anticipato per la promozione applicata (sconti applicati equivalenti agli importi dei ratei dei terminali) e a titolo di versamento in unica soluzione dei ratei terminali residui.

In ordine alle fatturazioni precedenti alla risoluzione contrattuale, ne evidenziava la correttezza e la corrispondenza con le tariffe per ciascun piano tariffario richiesto dal cliente, dei quali depositava la documentazione contrattuale e le condizioni particolari per ciascun piano prescelto.

Quanto al presunto ampliamento della copertura di rete all'interno del locale principale, declinava ogni responsabilità per non essere tecnicamente possibile prestare una simile garanzia incidendo numerose e non controllabili variabili all'interno degli stabili e limitandosi infatti la normativa di settore a regolamentare unicamente la copertura in esterno per zone geografiche

In ordine, infine, alla richiesta di riattivazione per rientrare in possesso delle numerazioni evidenziava che la disattivazione delle utenze non rende tecnicamente possibile la riassegnazione all'istante in non essendo le numerazioni native H3g (i numeri sono stati oggetto di portabilità da altro operatore), dette utenze sono irrecuperabili in quanto tornate nella disponibilità del gestore assegnatario, in conformità all'art 11 , comma 1, punto f del vigente Accordo quadro inter-operatori.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte per le motivazioni che seguono.

3.1 Sulla richiesta di risoluzione del contratto per applicazione di tariffe non conformi.

L'istante lamenta l'applicazione da parte di H3G di tariffe difformi da quelle convenute e chiede la risoluzione contrattuale senza il pagamento delle fatture emesse dall'operatore.

Si premette che l'istante ha confusamente descritto le presunte condizioni contrattuali pattuite con il promotore H3g unicamente nell'istanza di conciliazione , non partecipando in alcun modo al procedimento di definizione e non circostanziando le richieste neanche all'udienza di discussione.

Occorre richiamare sul punto i ben noti principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, e in particolare il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (CASS. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, CASS. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953 e, da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e più recentemente CASS. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento.

Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex Art. 1218 Cod. Civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle Condizioni Generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Nel caso specifico , attesa la contestazione sulla mancata , corretta applicazione delle condizioni tariffarie pattuite, spettava all'utente provare la fonte negoziale del proprio diritto, ovvero il contratto sottoscritto, con relative condizioni dei piani tariffari prescelti , asseritamente non rispettati.

L'utente tuttavia, si è limitato a depositare solo parte della documentazione contrattuale, omissiva proprio dei piani tariffari contestati, ad eccezione del piano B.Time Large con terminale "Huawei E353", parte peraltro coincidente con la documentazione del gestore, che invece è stata depositata integralmente anche con riferimento agli altri piani tariffari. Sicchè non è possibile accertare la rispondenza delle contestazioni mosse rispetto a quanto fatturato.

Viepiù, confrontando le prestazioni dedotte dall'utente come pattuite, (ricontrattualizzazione delle due sim già in uso, più una terza sim di nuova attivazione, in abbinamento a tre terminali nuovi, più due servizi Kasko full più uno mini e una chiavetta internet) se ne ricava la rispondenza e coerenza con quelle oggetto dei contratti depositati dal gestore, per quanto non alle condizioni economiche assunte dall'utente.

Sono in atti le fatture n. 1281518144 del 8 aprile 2012, n. 1281907194 del 8 maggio 2012, n. 1283073945 del 8 agosto 2012 che risultano essere state saldate dall'utente.

La domanda nei termini così formulata non può essere accolta, non avendo l'utente dimostrato, se, e in quale misura, sarebbero state applicate tariffe diverse da quelle convenute, risultando la fatturazione esibita conforme al contratto sottoscritto ed alle Condizioni Generali di Contratto.

Parimenti non può disporsi lo storno delle fatture insolute, non avendo rispettato l'utente il vincolo temporale sottoscritto con il contratto e non risultando accertato in questa sede, il presunto adempimento in base al quale l'utente avrebbe potuto recedere senza oneri.

In ordine infine alla richiesta di risoluzione contrattuale vi è da precisare la stessa è superata per aver già l'operatore provveduto a risolvere il contratto e a disattivare le utenze, avendo provato di aver provveduto ad inviare opportuni solleciti di pagamento ed aver correttamente preavvisato l'utente della risoluzione unilaterale del contratto perché il cliente era insolvente nei pagamenti avendo modificato le modalità di pagamento in violazione dell'art. 15 comma 1 delle Condizioni Generali del Contratto, e a disattivare le linee nel periodo tra il 30 ed il 31 maggio 2013.

3.2 Sulla rilascio delle numerazioni di appartenenza dell'utente.

L'Istante richiede oltre alla risoluzione contrattuale, di poter rientrare in possesso delle numerazioni xxxxxxx.945 e xxxxxxx946.

La domanda va rigettata.

Per le motivazioni di cui al punto 3.1 si rileva che la disattivazione delle utenze intervenuta in data 30-31.05.2013 è stata correttamente posta in essere dall'operatore, pertanto in ottemperanza a quanto prescritto dall'art. 11 comma 1 punto f) dell'Accordo Quadro per la fornitura della prestazione di portabilità dei numeri mobili, che prevede che decorsi 30 giorni dalla data di disattivazione del servizio a seguito di comunicazione del recesso da parte dell'operatore, denominato in questa ipotesi "recipient", in una situazione di cliente titolare di numero portato, il numero debba rientrare a disposizione dell'operatore "donor", gestore assegnatario, per successive assegnazioni.

3.3 Sulla mancata risposta ai reclami

Non può tuttavia non rilevarsi un differente profilo di responsabilità del gestore, ovvero la mancata risposta alle contestazioni dell'utente sulla fatturazione; per quella carenza di ascolto e dialogo sancita dall'art.8, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma

2, della medesima delibera), secondo cui, nello specifico caso di rigetto – considerata la conforme fatturazione- la risposta doveva comunque 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.

Sul punto giova richiamare la costante giurisprudenza dell'Autorità, per la quale le istanze dell'utente, benchè non esattamente formulate in maniera puntuale e precisa, possono e devono essere meglio interpretate, nell'ottica della tutela dei contraenti più deboli.

Anche qualora l'utente, infatti, non abbia compilato in modo diligente il formulario per la proposizione dell'istanza di definizione della controversia – come nel caso in esame, dove si è limitato a richiamare l'istanza di conciliazione -ferme le conseguenze in termini di liquidazione delle spese di procedura in tema di modalità di redazione delle istanze- la domanda deve comunque ritenersi ammissibile e procedibile.

In forza di quanto disposto dalla Delibera 276/13/CONS (approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche) *“Il contenuto delle singole richieste di parte, può essere interpretato in maniera più sfumata, in considerazione del fatto che – come si vedrà sub art. 19 – la pronuncia di definizione è in ogni caso a contenuto vincolato, poiché prevede esclusivamente la possibilità di condannare l'operatore al rimborso (o storno) di somme non dovute e alla liquidazione d'indennizzi. Pertanto, in un'ottica di tutela dei contraenti più deboli e nel rispetto delle finalità delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, le istanze inesatte, ogni qualvolta sia possibile, devono essere interpretate secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare.”*

Nel caso di specie l'Utente, ha depositato al fascicolo di conciliazione ben due reclami inviati con racc a/r e di cui alle rispettive ricevute di ricezione da parte dell'operatore rispettivamente in data 16.5.2012 e 19.7.2012 e 24.7.2015, con i quali contestava la fatturazione ricevuta con riferimento alle specifiche voci di costo e con riferimento alle supposte condizioni tariffarie pattuite, senza ricevere risposta; d'altro canto l'operatore ha depositato il front di una email, senza alcuna prova di invio, e dal contenuto non adeguato a fornire alcuna spiegazione.

In considerazione di quanto sopra si ritiene congruo e ragionevole riconoscere a favore dell'utente l'indennizzo previsto dall'art.11 Allegato A) della Delibera n.73/11/CONS dal 30.6.2012 (al netto dei 45 giorni utili alla risposta) fino al 18.12.2013 (data dell'udienza di conciliazione, in occasione della quale l'utente ha potuto interloquire con l'operatore sul punto) per l'importo massimo previsto di Euro 300,00.

4. Sulle spese di 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 difese, la pressoché totale soccombenza e la mancata redazione dell'istanza e partecipazione al

procedimento di definizione, si ritiene congruo compensare le spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente, nei termini di cui in motivazione, l'istanza della Società Hotel Robinson xxx nei confronti della società H3g xxx ;
2. La Società H3g xxx è tenuta a corrispondere all'Istante, oltre l'importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, di Euro 300,00, a titolo di indennizzo ex art. 11 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS;:
3. Rigetta ogni altra domanda avanzata dalla società Hotel Robinson xxx nei confronti di H3G xxx;
4. La società H3g xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.
6. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, 11 settembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto

