

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

G. MICOCCI / H3G XXX

(LAZIO/D/407/2015)

Registro Corecom n. 55/2016

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 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. MICOCCI presentata in data 11.5.2015 nei confronti dell'operatore H3G XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

L'istante ha lamentato – nell'istanza introduttiva, nella memoria difensiva e nella successiva replica - la mancata attivazione sulla propria sim del servizio settimanale ALL-INN Small che prevedeva, a fronte del pagamento di una quota settimanale di € 1,00, la fruizione gratuita di 30 minuti voce, 30 sms e 250Mb di traffico settimanale. Infatti, nonostante il pagamento ai fini del rinnovo settimanale dell'opzione nella data del 4.10.2013, l'utente subiva addebiti di traffico relativo alle giornate del 8 e 9.10.2013; e, nonostante il rinnovo dell'opzione in data 11.10.2013, l'utente si vedeva addebitare somme per traffico relativo alle date del 11, 12 e 17.10.2013. Le

somme complessivamente addebitate e contestate dall'utente per il periodo 8.10 – 17-10.2013 ammontavano ad euro 1,73.

L'utente depositava copia del traffico relativo al mese di ottobre 2013, in cui sono visibili gli addebiti del 8, 9, 11, 12, 17 ottobre 2013, e del dettaglio delle "Spese e Attivazioni" ove sono visibili i rinnovi settimanali dell'opzione ALL-IN, nelle date 4 e 11 ottobre 2013.

Dai predetti documenti si evinceva chiaramente come gli addebiti, in particolare quelli del 11 e 12.10.2013, erano frutto di errore in quanto, l'opzione rinnovata automaticamente alle ore 02:21 del 11/10/13, non poteva generare addebiti fuori opzione nella stessa data, precisamente alle ore 11:00, per poi riprendere arbitrariamente a generare addebiti il giorno successivo, interrompersi di nuovo e riprendere in data 17.

Il reclamo dell'utente del 18.10.2013 veniva riscontrato da H3G in pari data, con risposta che l'utente contestava: il gestore informava l'utente della correttezza degli addebiti, conseguenti al superamento della soglia messa a disposizione dal servizio All-In. Il gestore, infine, rendeva disponibile solo il dettaglio del traffico che generava addebiti, e non anche quello effettuato intra-soglia, rendendo impossibile ogni verifica da parte dell'utente.

Alla luce di tali premesse, l'utente ha chiesto la condanna di H3G al pagamento dell'indennizzo per la mancata risposta al reclamo, per euro 300,00; per il mancato invio della risposta al reclamo al proprio indirizzo email dal 18.10.2013 (data del reclamo) al 13.3.2015 (data dell'udienza di conciliazione), per euro 4.035,00; per l'interruzione e la mancata attivazione dell'opzione All-In dal 8.10.2013 al 18.10.2013, per euro 225,00.

2. La posizione dell'operatore H3G.

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, e con la successiva replica, l'operatore ha eccepito l'inammissibilità ed improcedibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 19 Delibera 173/07/CONS nella parte in cui l'utente richiede il ristoro dei pregiudizi arrecati; nel merito, il gestore deduceva di aver attivato, su richiesta dell'utente, l'utenza ricaricabile xxxxxx895 associata al piano tariffario "3 Power 10" con contestuale attivazione dell'opzione tariffaria "All in Small" e di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza secondo quanto pattuito contrattualmente e nel pieno rispetto del piano tariffario prescelto. Come comunicato all'utente in riscontro al reclamo del 18.10.2013, gli addebiti riscontrati dall'utente non sono stati determinati dall'interruzione dell'opzione tariffaria "All In Small", mai effettuata, bensì dal superamento delle soglie di traffico incluse nell'opzione stessa. Il gestore concludeva pertanto per il rigetto, anche nel merito, dell'istanza di definizione.

3. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste avanzate dalla parte istante devono essere parzialmente accolte, per le motivazioni di seguito specificate.

Preliminarmente si rigetta l'eccezione di inammissibilità sollevata da H3G, posto che le domande proposte dall'utente non possono intendersi come domande risarcitorie, inammissibili ai sensi dell'art. 19 Delibera 173/07/CONS, bensì come domande di pagamento di un indennizzo conseguente ai disservizi lamentati.

Nel merito, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, la 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 da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), ha avuto modo di affermare più volte che 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.

L'utente ha fornito la prova del rinnovo dell'opzione All-In nella date del 4.10.2013 e 11.10.2013, nonché degli addebiti nel periodo 8.10.2013 – 17.10.2013 di traffico a consumo per euro 1,73, contestando al gestore di non avere ricompreso il detto traffico nella soglia consentita.

Il gestore non ha fornito alcuna prova della correttezza degli addebiti, né ha confutato le puntuali contestazioni dell'utente, limitandosi ad affermare che l'addebito era conseguenza della erosione dei minuti di traffico intra soglia disponibili, senza tuttavia depositare i tabulati comprensivi di tutto il traffico, intra ed extra soglia, generato dall'utenza nel periodo in contestazione.

Deve pertanto riconoscersi all'utente l'indennizzo previsto dall'art. 8, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS per la mancata attivazione del profilo (recte: opzione) tariffario All-In nel periodo 8.10.2013 – 17.10.2013, per complessivi euro 10,00.

L'utente ha altresì lamentato la non esaustiva risposta al reclamo del 18.10.2013, ed il mancato invio della risposta al proprio indirizzo email, chiedendo il pagamento dell'indennizzo di euro 300,00 oltre all'indennizzo di euro 4.035,00.

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.

Orbene, è pacifico tra le parti che il reclamo del 18.10.2013 sia stato tempestivamente riscontrato da H3G, con comunicazione scritta che lo stesso utente produce.

La predetta risposta, al di là della veridicità di quanto in essa contenuto, risulta essere conforme al dettato regolamentare, essendo stata inviata in forma scritta – atteso il rigetto del reclamo – e risultando adeguatamente motivata: con essa infatti il gestore informa l'utente che la tariffazione a consumo contestata è stata effettuata a seguito della erosione della soglia dell'opzione All-In. Le domande di pagamento di un indennizzo fondate sul reclamo del 18.10.2013 devono pertanto essere rigettate.

4. Sulle spese di procedura.

Le spese di procedura possono liquidarsi ai sensi dell'art. 19 Delibera 173/07/CONS in euro 15,00, atteso il valore della controversia ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

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

1. Accoglie parzialmente l'istanza di G. MICOCCI nei confronti della società H3G XXX.
2. La società H3G XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 15,00 (quindici/00) per le spese di procedura, i seguenti importi maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - i. Euro 10,00= (dieci/00=) ai sensi dell'art. 8, comma 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.
3. La società H3g XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
4. 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.

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

6. 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, 28/10/2016

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto