

**REGIONE AUTONOMA FRIULI VENEZIA GIULIA
COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI**

Delibera numero 43/2013

della seduta del Comitato Regionale per le Comunicazioni del 4 giugno 2013

OGGETTO

Definizione della controversia Tuni/H3G S.p.A.

COMITATO

1. Paolo FRANZIA – Presidente
2. Giancarlo SERAFINI – Vicepresidente
3. Franco DEL CAMPO
4. Maria Lisa GARZITTO

<u>PRESENTI</u>	<u>ASSENTI</u>
X	
X	
	X
X	

Segretario verbalizzante: Edoardo Boschin.

In ordine all'oggetto, il Comitato ha discusso e deliberato quanto appresso:

IL COMITATO

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";

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

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

VISTA la legge regionale 10 aprile 2001, n. 11 "Norme in materia di comunicazione, di emittenza radiotelevisiva locale ed istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re.Com.)" e, in particolare, l'articolo 7, comma 1, lett. b), ai sensi del quale "Il Co.Re.Com. esercita le funzioni istruttorie, consultive, di gestione, di vigilanza e controllo di competenza dell'Autorità, ad esso delegate ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge 249/1997 e successive modificazioni e integrazioni, così come meglio specificate all'articolo 5 del regolamento approvato con deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni 28 aprile 1999, n. 53";

VISTO l'Accordo quadro del 4 dicembre 2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "Agcom"), la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni e delle Province autonome;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazione di cui all'articolo 3 dell'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni Friuli Venezia Giulia", sottoscritta a Otranto il 10 luglio 2009 e, in particolare, l'articolo 4, comma 1, lett. e);

VISTA la delibera dell'Agcom n. 173/07/CONS recante "Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e il relativo Allegato A (di seguito, per brevità, "Il Regolamento");

VISTA la delibera dell'Agcom n. 73/11/CONS recante "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";

VISTA la delibera dell'Agcom n. 276/13/CONS recante "Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazione elettroniche";

VISTA l'istanza acquisita agli atti con prot. n. VC/8376/11, con la quale il sig. Tuni ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. FVG per la definizione della controversia in essere con la società H3G S.p.A. (di seguito, per brevità, "H3G");

VISTA la nota prot. n. VC/8801/11, con la quale il Servizio di supporto alle attività del Co.Re.Com. FVG ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia;

VISTA la nota prot. VC/2046/12 con la quale le parti sono state convocate all'udienza di discussione della controversia;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il ricorrente, sig. Tuni, ha presentato istanza di definizione della controversia nei confronti del gestore H3G riferendo quanto segue:

"Nonostante i miei ripetuti reclami, H3G non ha mai realizzato la portabilità dell'utenza in oggetto (id est, la 392) ed inoltre non è mai stato sostituito l'apparecchio telefonico mobile (HTC Touch Diamone), ricevuto in comodato, e risultato guasto. Inoltre contesto l'addebito sistematico della Tassa di Concessione (TCG) che al momento dell'adesione alla proposta, come indicata in allegato, mi è stato assicurato rimborsabile

automaticamente".

Per tali ragioni chiedeva:

1) "che mi sia garantita la sostituzione dell'HTC Touch Diamond guasto con un apparecchio di pari valore e l'attivazione gratuita di un profilo d'abbonamento preveda l'esenzione della TCG";

2) "mi sia riconosciuto il giusto indennizzo come da allegato A della delibera Agcom 73/11/CONS (con specificità prevista dall'art. 12 comma 2) per:

- omessa portabilità del numero

- mancata risposta ai reclami riguardanti il mancato funzionamento dell'apparecchio HTC Touch Diamond".

Si costituiva, quindi, H3G deducendo, innanzitutto, l'inammissibilità dell'istanza di definizione per carenza dei requisiti di cui all'art. 14, comma 3, e art. 7, comma 1, della delibera Agcom n. 173/07/CONS per non aver controparte riportato la corretta sede legale dell'Operatore.

Ferme le assorbenti eccezioni e deduzioni, H3G, per mero scrupolo difensivo, eccepiva nel merito quanto segue:

a) di aver assicurato la piena trasparenza tariffaria delle condizioni economiche di offerta dei servizi di telefonia mobile;

b) di aver assicurato la puntuale corrispondenza tra quanto addebitato in fattura e quanto previsto dal piano tariffario (e di aver opportunamente verificata la tariffazione senza rilevare alcuna anomalia in merito);

c) di aver attivato, in data 3 marzo 2009, l'utenza avente numerazione 392 , assegnando, come richiesto, il piano tariffario "Zero 6 Pro";

d) di non avere ricevuto, in relazione alla suddetta utenza, alcuna richiesta di portabilità (evidenziando che l'istante non offriva, in atti, alcunché a sostegno di quanto lamentato su tale questione);

e) l'infondatezza di quanto contestato in merito all'addebito delle somme dovute a titolo di Tasse di concessione governativa, non senza evidenziare che a mente dell'articolo 2, comma 3, della delibera Agcom n. 173/07/CONS sono escluse dall'ambito applicativo del citato regolamento le controversie [...] attinenti esclusivamente a profili tributari o fiscali;

f) l'assoluta infondatezza della doglianza relativa alla presunta mancata applicazione della promozione "No Tax", anche a fronte della mancata produzione di alcunché da parte del ricorrente a supporto di quanto lamentato.

Il gestore precisava ulteriormente che la promozione "No Tax" prevedeva per il beneficiario un accredito in fattura pari a quanto addebito mensilmente a titolo di Tassa di Concessione Governativa; e che vi era la portabilità del numero quale condizione necessaria per la sua applicazione, portabilità che giammai era stata richiesta.

g) l'assoluta infondatezza delle doglianze relative al presunto malfunzionamento del terminale "HTC Touch Diamond", peraltro sguarnite di sostegno probatorio.

In particolare, il gestore riferiva di non aver mai ricevuto segnalazioni inerenti il malfunzionamento del predetto terminale, almeno sino alla comunicazione del 21 febbraio 2011.

Osservava poi che: "peraltro nella predetta comunicazione, in modo del tutto generico l'istante rappresentava, a distanza di quasi due anni dalla concessione dell'apparato, presunti e sommari malfunzionamenti del citato videofonino, che riferiva essersi manifestati dopo circa due/tre mesi dalla concessione dello stesso in comodato. Lascia alquanto perplessi il fatto che la prima di tali lagnanze sia pervenuta dopo due anni dall'attivazione dell'utenza e non immediatamente al verificarsi dei presunti malfunzionamenti: ciò potrebbe ragionevolmente far ritenere che i presunti malfunzionamenti, così come descritti genericamente nella

raccomandata del 21.02.2011 siano imputabili ad una naturale consumo ed all'usura dell'apparato radiomobile. Inoltre, per quanto il caso non vi rientri pienamente, pare opportuno richiamare i termini entro i quali il consumatore, a norma dell'art. 132, commi II e III d.lgs. 205/2006, deve denunciare al venditore i difetti di conformità del bene acquistato. Ancorché il caso di specie non riguardi una vendita, bensì un comodato, la ratio sottostante la predetta norma può ragionevolmente applicarsi al caso concreto, in cui l'utente pur rinvenendo il difetto del bene – per sua stessa ammissione – all'inizio del rapporto contrattuale lo ha denunciato al gestore solo due anni dopo”.

Per tutto quanto sopra esposto, il gestore concludeva per la totale infondatezza delle domande di indennizzo in quanto del tutto pretestuose evidenziando ulteriormente che:

“Il Signor Tuni, inoltre, sostiene di non aver mai utilizzato il servizio, ben sapendo che il gestore, nel rispetto dell'art. 123, comma II del D.Lgs. n. 196/03, non può conservare il dettaglio del traffico degli utenti oltre i 6 mesi non potendo quindi dimostrare l'uso costante che controparte ne ha fatto. Tutto ciò tradisce inequivocabilmente la scorrettezza di parte istante, che con la presente controversia mira ad ottenere un indebito arricchimento a danno della scrivente e dello stesso sistema di tutela dell'utenza, rappresentato da Codesto Spett.le Corecom, qui utilizzato in modo distorto e illegittimo”.

Limitatamente alla domanda di indennizzo per mancato riscontro ai reclami, il gestore osservava che *“il signor Tuni non si è neanche premurato di produrre in atti alcuna comunicazione scritta né la prova della relativa trasmissione ad H3G S.p.A.”* e di aver dato, in ogni caso, riscontro via sms alle doglianze avversarie.

H3G ricordava, quindi, che prima dell'udienza di conciliazione, pur ritenendo infondate le doglianze avversarie, per mero spirito conciliativo, aveva formulato una proposta che non ha incontrato il favore dell'istante né in udienza è stato possibile raggiungere un accordo.

Successivamente, sempre per spirito conciliativo e in un'ottica di massima attenzione verso la Clientela, il gestore tentava nuovamente un componimento bonario della controversia migliorando la precedente offerta (anch'essa rifiutata).

Chiariva, in conclusione, che non avrebbe rinnovato più alcuna proposta transattiva a fronte sia dell'impegno profuso per comporre una controversia del tutto infondata sia del fatto che parte istante riteneva più volte di alzare la posta richiedendo un maggior indennizzo.

All'udienza di discussione della controversia, assente la parte ricorrente, il gestore si richiamava a quanto dedotto in atti.

II. Motivi della decisione

In via preliminare occorre osservare che l'eccezione di rito sollevata dal gestore non merita accoglimento atteso che la mancata indicazione della sede del gestore non ha compromesso il diritto di difesa dello stesso.

Nel merito, invece, le doglianze del ricorrente non meritano accoglimento per le ragioni puntualmente svolte dal gestore convenuto.

L'unico documento dedotto in atti dal ricorrente è una raccomandata, di data 5 febbraio 2011 e ricevuta il 21 febbraio 2011, con la quale, lamentando la mancata portabilità dell'utenza Wind n. 328. (e precisando di non aver mai usato la Sim di H3G per inadempimento imputabile al gestore), l'addebito della tassa di concessione governativa e il mancato funzionamento dell'apparecchio telefonico già dopo due o tre mesi di iniziale utilizzo, chiedeva il giusto indennizzo per i predetti disservizi, irrisolti nonostante i numerosi reclami telefonici.

Reclamo che il ricorrente promuoveva nei confronti dell'operatore, in sostanza, due anni dopo la sottoscrizione della proposta di abbonamento e a cui l'operatore rispondeva tempestivamente con sms dedotto in atti.

Appaiono, pertanto, condivisibili le difese svolte dalla società H3G secondo la quale le pretese

dell'istante risultano infondate, non documentate e, di fatto, meramente strumentali.

Vi è da dire che con l'attivazione della presente procedura l'istante ha inteso, di fatto, sollevare una sorta di eccezione di inadempimento ex art. 1460 del codice civile beneficiando del criterio di riparto invertito dell'onere della prova alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione Sezione 2 Civile sentenza 10 marzo 2011, n. 5375 secondo il quale *"il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento e il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento (ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione)"*.

RITENUTO, per quanto sopra esposto, che non sussiste alcuna responsabilità in capo alla società H3G per inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile in ordine ai disservizi lamentati, le richieste del ricorrente non meritano accoglimento;

VISTA la nota prot. VC/3901/13, con la quale è stata trasmessa al Comitato la relazione del Responsabile del Procedimento e la proposta di decisione formulata ex articolo 19 della delibera Agcom n. 173/07/CONS;

UDITA la relazione del Presidente

DELIBERA

1. Il rigetto dell'istanza del sig. Tuni.

2. La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. FVG, assolvendo, in tal modo, ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'articolo 32, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69 *"Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"*.

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

4. Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del decreto legislativo n. 104 del 2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

IL SEGRETARIO VERBALIZZANTE
- Edoardo BOSCHIN -



IL PRESIDENTE

- Paolo FRANCIA -

