DELIBERA DL/019/17/CRL/UD del 20 febbraio 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

V. GIORDANO / H3G XXX

(LAZIO/D/150/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 20 febbraio 2017;

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 V. Giordano presentata in data 23.02.2016 nei confronti dell’operatore H3G XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante introduceva il presente contenzioso lamentando il mancato riaccredito di un importo mai autorizzato, quale corrispettivo per il servizio “Ti ho cercato”, fino ad allora gratuito. Nonché, la mancata risposta al reclamo.

In particolare rappresentava quanto segue:

- Di aver contattato il gestore, in data 11.08.2015, invitandolo al riaccredito di un importo mai autorizzato, in merito al servizio TI HO CERCATO, invitandolo ad astenersi da risposte evasive e non pertinenti, contestando anche l’impossibilità di replica alle comunicazioni ricevute.

- In data 25.9.2015, l'utente chiariva che pretendeva risposta scritta, mai pervenuta.

Alla luce di quanto esposto, l'utente richiedeva:

- Il rimborso delle somme addebitate per il servizio "ti ho cercato";
- Il ripristino del servizio a titolo gratuito in quanto la modifica era vessatoria, poiché in palese violazione dell'art.33, comma 2 lett. m) del Codice del Consumo ;
- Indennizzo per la mancata risposta al reclamo
- chiarimenti per l'impossibilità di replicare alle risposte inconcludenti ai reclami.

2. La posizione dell'operatore H3G.

Con memoria difensiva depositata in data 30/03/2016, l'operatore ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità della richiesta di "ripristino del servizio a titolo gratuito" e di "chiarimenti per l'impossibilità a replicare alle risposte inconcludenti ai reclami" in quanto estranee alla competenza decisionale del Corecom ex art.19, comma 4.

Nel merito deduceva che il servizio "ti ho cercato" è un servizio accessorio non compreso nell'offerta base del piano tariffario sottoscritto dal cliente, e che lo stesso, fino al luglio 2015, veniva reso gratuitamente e solo successivamente diventava a pagamento prevedendo un costo di Euro 90cent/mese, da addebitarsi solo al momento della ricezione del primo sms di notifica, a copertura dell'utilizzo del servizio fino alla fine del mese solare.

Precisava inoltre, che, come esaustivamente illustrato sul sito istituzionale, all'assistenza clienti, tale servizio può sempre essere disattivato, come pure riattivato.

Precisava che, prima che il servizio divenisse a pagamento, erano state inviate molteplici comunicazioni all'utente, che lo informavano prontamente sia della variazione relativa al nuovo costo, sia della possibilità di disattivazione gratuita, sia del rinnovo mensile del servizio accessorio. Allegava sul punto le schermate di sistema degli sms informativi del 18.4.2015 e del 30.7.2015.

Infatti, nei mesi di aprile e maggio 2015, al fine di informare i clienti della variazione delle condizioni di utilizzo del servizio accessorio, si provvedeva all'invio massivo di SMS di preavviso sulla modifica imminente e sulla possibilità di disattivazione del servizio.

In particolare per il servizio "Ti ho cercato" il 30.7.2015 era stato inviato un sms di *remind*, con il quale si ricordava che dal 1.8 il servizio sulle chiamate perse sarebbe costato 90cent/mese iva inclusa, con link alla pagina internet per le info sulla disattivazione senza costi.

Non avendo, dunque, l'utente richiesto la disattivazione, nonostante le molteplici comunicazioni, gli addebiti erano stati effettuati in modo del tutto legittimo.

In più, segnalava, come da *print* allegato sullo status dell'utenza, che la stessa era poco utilizzata e ciò spiegava la ragione per cui gli addebiti per il servizio in parola fossero solo di agosto, settembre e dicembre 2015 con un importo complessivo di addebito di Euro 3,60.

In conclusione, stante la consapevolezza di poter evitare ogni addebito indesiderato mediante disattivazione, l'utente non ha facoltà di imporre alcunchè al gestore, nell'ambito delle proprie scelte commerciali, come quella di rendere a pagamento un servizio accessorio non facente parte del piano tariffario e perciò non ascrivibile alla fattispecie delle modifiche unilaterali del

contratto; se pure così fosse, peraltro, la condotta sarebbe pienamente conforme all'art.22 delle c.g.c e all'art.70, comma 4 del D.Lgs. n.259/03 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche).

Richiedeva pertanto il rigetto dell'istanza.

3. La replica dell'utente

L'istante, in replica alla memoria di H3g, contestava quanto segue.

Quanto alle inammissibilità eccepite, precisava che oggetto della domanda non era un *facere* della controparte ma l'accertamento dell'illegittimità della condotta, con riconoscimento della nullità della variazione unilaterale effettuata, perché contraria all'art.33, comma 2 lett.m. del Codice del Consumo.

Contestava, inoltre, la precisazione di H3G, relativa allo scarso utilizzo dell'utenza.

Sul punto nel quale H3G si domandava come fosse possibile non disattivare un servizio divenuto a pagamento, non volendolo pagare e su come l'utenza non possa imporre ad un operatore telefonico regole sul proprio business, l'utente si riportava alla memoria relativa alla procedura GU14 Lazio/D/148/2016/STEFANO GIORDANO/H3G.

Seguono poi considerazioni inconferenti con gli atti e i fatti di causa e irrilevanti per la decisione, che per economia procedimentale si omettono.

4. Inammissibilità delle repliche successive

La replica del gestore depositata successivamente alle repliche dell'utente, è inammissibile e stralciata al pari della replica successiva dell'utente.

5. Motivazione della decisione.

In rito.

L'istanza presentata non soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui al combinato disposto dell'art.14 e 4 del Regolamento ex Delibera 173/07/CONS e s. m.

Il Corecom del Lazio adito, infatti, non è quello territorialmente competente a conoscere della presente controversia, secondo quanto stabilito dall'art.4 citato, che così recita "*Per determinare il Corecom competente ... si ha riguardoovvero, negli altri casi (telefonia mobile) al domicilio indicato dall'utente al momento della conclusione del contratto o, in mancanza, alla sua residenza (persone fisiche).*"

La disposizione in questione individua dunque, quale criterio radicante la competenza territoriale, l'elezione di domicilio risultante dal contratto (sezione anagrafica), operazione effettuata "*al momento della conclusione dello stesso*" ; a nulla rilevano elezioni di domicilio compiute in atti successivi, viepiù in atti introduttivi del contenzioso come nel caso di specie, che avrebbero, in analogia con la via giurisdizionale, l'effetto aberrante di distogliere la controversia dalla sede del

giudice o arbitro “naturale” predeterminato per legge o per regolamento. Principio questo inderogabile, sancito costituzionalmente.

In via residuale, qualora in fase di stipula, (*rectius*: prima e a prescindere dall’eventualità che si instauri un qualsivoglia contenzioso) non ci si avvalga della facoltà di domiciliare interlocuzioni e comunicazioni afferenti al rapporto contrattuale in luogo diverso da quello della propria residenza, la competenza “arbitrale” si radica sulla base di quest’ultima, quale rilevabile dal contratto e/o documento di identità.

Orbene, non risulta che l’utente abbia prodotto il contratto né in fase di richiesta del tentativo di conciliazione, né in definizione, risultando solo un’elezione di domicilio in Roma sui formulari UG e GU14; tuttavia, solo in fase avanzata del procedimento di definizione, ossia in sede di deposito di atti difensivi in contraddittorio tra le parti, il gestore telefonico ha prodotto la PDA completa inerente il contratto di telefonia mobile intestato all’odierno istante.

Dall’esame condotto dall’organo giudicante sul documento contrattuale, è emerso che “*al momento della conclusione del contratto*” l’utente non abbia indicato un domicilio diverso da quello della propria residenza quale risultante dal documento di identità, radicando così definitivamente la competenza territoriale in sede contenziosa a Reggio Calabria (*rectius*: Corecom Calabria), Comune dove ha la residenza.

Posto che una causa ostativa alla procedibilità della controversia è rilevabile in ogni stato e grado procedimentale, non solo per eccezione di parte ma anche d’ufficio, nel caso di specie, deve oltremodo rilevarsi che l’elezione di domicilio operata dall’utente con i formulari UG e GU14, risulta del tutto difforme rispetto al contratto ed alla norma regolamentare radicante la competenza dei Corecom (con l’effetto, sopra cennato, di scelta a posteriori della sede arbitrale); né l’omesso rilievo di inammissibilità d’ufficio in primo grado o l’accettazione del contraddittorio di controparte, costituisce sanatoria di atto affetto da nullità assoluta, comunque rilevabile in ogni tempo.

Ciò acquista maggior forza in relazione al mancato assolvimento da parte del ricorrente dell’onere probatorio sul contratto, sul medesimo incombente.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. L’improcedibilità del procedimento di definizione instaurato con istanza del 23.2.2016 nei confronti di H3g XXX , per incompetenza territoriale del Corecom adito, ai sensi dell’art.4 del Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS e s.m. .

2. 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, 20/02/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto