

DELIBERA DL/112/16/CRL/CRL/UD
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
C. ZANETTI/H3G xxx
(LAZIO/D/571/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 27 ottobre 2016;

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 sig.ra C. Zanetti presentata in data 02.07.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore H3G xxx, di seguito, per brevità, “H3G” l’omessa e/o ritardata attivazione dei servizi voce e adsl e la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. Nel mese di settembre 2011 aveva stipulato con H3G un contratto di abbonamento con piano tariffario Power 3000 solo sim, con vincolo contrattuale di 12 mesi;
- b. Nell’anno 2013, aveva deciso di aderire ad una offerta di H3G più vantaggiosa economicamente, ma non le era stato possibile, nonostante tre tentativi effettuati presso negozi H3G e presso un centro plurimarche a causa di un non meglio precisato “blocco dell’utenza”;

- c. Su suggerimento del servizio Clienti H3G, nel mese di maggio 2013 era migrata ad altro gestore (Wind);
- d. A settembre 2013 aveva chiesto il rientro in H3G;
- e. Il 13 settembre 2013, l'operatore aveva inviato la comunicazione di risoluzione contrattuale, chiedendo il pagamento della fattura n. 1349056128 di Euro 303,53 con scadenza 8 luglio 2013, contenente addebiti per disdetta anticipata, e dell'ultima fattura con scadenza 8 maggio 2013. Successivamente erano pervenuti solleciti di pagamento da parte di società di recupero crediti;
- f. Il tentativo obbligatorio di conciliazione svoltosi il 16 giugno 2015 si era concluso con esito negativo.

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

- i. L'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 2 comma 20 lett. c) della L. 14/11/1995 n. 481
- ii. Indennizzo per omessa e/o ritardata attivazione dei servizi
- iii. Storno delle fatture
- iv. Indennizzo per mancata risposta ai reclami
- v. Spese di procedura

2. La posizione dell'operatore H3G.

L'operatore in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza con riferimento alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, trattandosi di domanda nuova, non avanzata in sede di conciliazione. Nel merito, ha precisato che l'utente aveva sottoscritto il 17 agosto 2011 un contratto associato al piano tariffario Power 3000 con vincolo contrattuale di 12 mesi. Il 5 novembre 2012 aveva aderito ad una nuova offerta commerciale denominata Power, con l'applicazione di uno sconto in fattura di Euro 45,31 e l'attivazione delle promozioni Promo No Tax e Gente di 3, e vincolo contrattuale di 12 mesi, come da vocal order e successiva e mail informativa. L'8 maggio 2013 era migrata a Wind. In esecuzione del contratto, H3G aveva quindi addebitato i costi per il recesso anticipato. Ha eccepito la mancanza di qualsivoglia prova in ordine all'asserito blocco tecnico ed all'invio ad H3G di una nuova proposta di abbonamento, nonché l'infondatezza ed abnormità della relativa richiesta di indennizzo. Ha infine ribadito la legittimità degli addebiti effettuati, trattandosi di corrispettivi dovuti per il riallineamento al piano con canone pieno, a fronte dell'anticipata risoluzione del rapporto contrattuale.

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.

Viene rigettata l'eccezione preliminare sollevata da H3G di inammissibilità e/o improcedibilità della domanda di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, perché infondata.

Si ritiene infatti, a prescindere dalla fondatezza o meno della pretesa, che il mancato riscontro ai reclami sia stato di fatto lamentato dall'istante sia nel modello UG sia nell'allegato, laddove

espressamente ha contestato l'inadempienza del gestore in fase di preconciliazione per aver "innalzato un muro di fronte alle richieste della ricorrente, ignorando del tutto le sue ragioni".

Viene rigettata la domanda dell'utente di trasmissione agli uffici preposti per le sanzioni per la contestuale denuncia di cui alla Delibera 136/06/CONS e Delibera n. 194/12/CONS, nonché di applicazione della sanzione prevista dall'art. 2 co. 20 lett. C Legge 14/11/95 n. 481, non essendo competenza dell'Autorità adita né la trasmissione degli atti, né l'irrogazione della sanzione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere solo parzialmente accolte come di seguito precisato.

3.1 Sullo storno delle fatture

L'istante chiede lo storno delle fatture emesse da H3G.

Sono in atti, prodotte dall'operatore, la fattura n. 1349056128 di Euro 303,53 con scadenza 8 luglio 2013, contenente addebiti per disdetta anticipata, e la fattura n. 1334683168 di Euro 92,93, con scadenza 8 maggio 2013.

E' altresì in atti il contratto di abbonamento con H3G sottoscritto il 17 agosto 2011 per la fornitura dei servizi connessi ad una utenza mobile, con piano tariffario Power 3000 e vincolo contrattuale di 12 mesi, ammesso da entrambe le parti.

Infine, è stata prodotta dall'operatore una registrazione vocale (vocal order) del 5 novembre 2012, da cui risulta che l'istante ha aderito ad una offerta commerciale di H3G, che, con il mantenimento del medesimo profilo tariffario Power 3000, prevedeva uno sconto di Euro 45,31 al mese per 98 mesi, una promo no tax 2020 e l'Opzione Gente di 3 gratuita per sempre, con vincolo contrattuale di 12 mesi. Alla registrazione, l'operatore ha fatto seguire lo stesso giorno una e mail nella quale ha riepilogato nel dettaglio le caratteristiche dell'offerta accettata.

La deduzione dell'istante secondo cui tale offerta sarebbe stata una semplice riconferma dell'offerta precedente, che l'avrebbe costretta solo ad un ulteriore vincolo contrattuale di 12 mesi, appare infondata e non provata.

Infatti, seppure è vero che il profilo tariffario dell'offerta del 5 novembre 2012 è rimasto, come il precedente, il Power 3000 (nella e mail si parla espressamente di Mantenimento piano tariffario Power 3000 al canone mensile di Euro 99,00), tuttavia la nuova offerta prevede sconti (Euro 45,31 al mese), promozioni (Promo No Tax 2020) ed opzioni (Gente di 3 gratuita per sempre), che non erano oggetto del precedente contratto.

Risulta inoltre dalla registrazione vocale che l'utente venne espressamente informato della revoca di tutte le condizioni contrattuali previgenti, del nuovo vincolo contrattuale di 12 mesi, della facoltà di recesso e degli addebiti in caso di recesso anticipato, conseguenti all'adesione alla nuova offerta .

A ciò si aggiunga il fatto che, anche qualora l'utente, per la velocità della comunicazione telefonica, non fosse stato messo nella condizione di comprendere la portata dell'offerta, tuttavia ha potuto valutarne attentamente tutti i vantaggi con la successiva e mail. Ove avesse voluto, pertanto, avrebbe potuto esercitare il diritto di recesso di cui al decreto legislativo n. 206/2005.

Da quanto sopra, si ritiene quindi che l'utente abbia concluso con H3G un nuovo contratto in data 5 novembre 2012, le cui condizioni economiche sono state dettagliatamente descritte nella contestuale e mail di conferma, e che abbia accettato il nuovo vincolo contrattuale di 12 mesi a fronte delle promozioni e degli sconti applicati. Ad ulteriore conferma di tale conclusione sono l'effettivo utilizzo e la fruizione dei servizi forniti da H3G, risultanti anche dal traffico documentato nella fattura n. 1334683168.

Con la migrazione a Wind avvenuta l'8 maggio 2013, come dichiarato da entrambe le parti, l'istante è quindi receduto anticipatamente dal detto contratto.

Né rileva, essendo rimasta assolutamente sfornita di prova, l'asserzione dell'istante secondo cui il recesso anticipato sarebbe stato suggerito dal Servizio Clienti H3G e sarebbe stato conseguente agli ostacoli frapposti da H3G alla stipula di un nuovo contratto. Difatti, nessun riscontro di tali circostanze, nemmeno indiziario, si rinviene nell'istruttoria svolta, non avendo l'utente in alcun modo documentato i problemi incontrati (ad esempio, tramite un reclamo scritto), o precisamente indicato i contatti avuti con il call center o le date delle segnalazioni telefoniche.

Ciò comporta la legittimità degli addebiti effettuati dall'operatore per disdetta anticipata, in presenza di recesso anticipato da un contratto avente una durata vincolata.

Sul punto, si è espresso anche il Consiglio di Stato precisando che nel caso di recesso dell'utente prima che sia decorso il periodo minimo, si deve ritenere legittimo l'eventuale vincolo economico (ad es. restituzione di sconti promozionali) per non alterare l'equilibrio contrattuale a sfavore dell'operatore il quale fa affidamento proprio sulla durata pattuita del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della prestazione offerta (sentenza n.1442/2010 del Consiglio di Stato).

Nel caso in esame, l'offerta commerciale, cui l'istante ha aderito, prevedeva condizioni di favore e l'utente, a fronte di questi vantaggi, si è impegnato a rimanere vincolato per un certo periodo di tempo verso l'operatore, garantendogli, così, i tempi necessari ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto. L'interruzione prematura del rapporto ha creato uno squilibrio contrattuale, sfociato nella richiesta dei suddetti costi di risoluzione, che non rappresentano altro che un mero riallineamento delle migliori condizioni tariffarie fruite dall'istante rispetto a quelle generalmente praticate.

Peraltro, l'art. 2 delle Condizioni di Adesione al Servizio Power espressamente prevede, in caso di recesso anticipato rispetto al vincolo contrattuale, l'impegno del cliente a corrispondere un importo quale riallineamento alle condizioni economiche base e parziale ristoro di costi sostenuti e tale importo, come risulta dalla tabella dell'art. 2, per le offerte Power 3000, quale quella oggetto della procedura, è pari ad Euro 300,00 IVA inclusa.

Per tutto quanto sopra esposto, la domanda dell'utente di storno della fattura n. 1349056128 di Euro 303,53 con scadenza 8 luglio 2013 non può essere accolta, essendo dovuti gli importi in essa addebitati.

Può essere invece parzialmente accolta la domanda di storno dell'altra fattura insoluta prodotta dall'operatore, la n. 1334683168 di Euro 92,23.

Tale fattura contiene infatti addebiti per canoni del periodo 1/4/13-31/5/13, parte dei quali non sono dovuti stante l'avvenuta migrazione a Wind in data 8 maggio 2013.

H3G dovrà quindi provvedere alla ricostruzione della posizione contabile dell'utente, stornando dalla fattura n. 1334683168 di Euro 92,23 la quota parte del canone di maggio 2013 non dovuto, e a ritirare in ogni caso, a propria cura e spese, la pratica di recupero crediti.

3.2. Sull'omessa e/o ritardata attivazione dei servizi

L'istante lamenta la mancata e/o ritardata attivazione dei servizi voce e adsl connessi all'utenza mobile, a seguito di richiesta di rientro in H3G, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo, calcolato dal 2 settembre 2013 al 2 luglio 2015 dapprima in Euro 5.010,00 e, successivamente, nella memoria del 9 settembre 2015, in Euro 10.020,00.

La domanda non può essere accolta per la seguente ragione, assorbente di ogni altra.

L'utente dichiara di aver fatto richiesta di rientro in H3G a settembre 2013 e afferma che l'operatore non avrebbe mai dato seguito alla richiesta.

H3G eccepisce la mancata prova dell'invio della proposta di abbonamento, oltre che la mancanza di segnalazioni e reclami.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama 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 da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936 e Cass. 27 marzo 2013 n. 7748), 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.

Nella fattispecie, attesa l'esplicita contestazione dell'operatore circa l'esistenza di una nuova proposta di abbonamento, l'utente avrebbe dovuto provare la fonte negoziale del proprio diritto, e cioè provare di avere richiesto a settembre 2013 la migrazione e/o il rientro da Wind a H3G, o, quanto meno, indicare con esattezza quando e con quale modalità effettuò la richiesta, o fornire utili elementi probatori a sostegno, anche indiziari, quali solleciti o reclami per la mancata attivazione dei servizi.

Nulla di tutto ciò è stato provato, dedotto o prodotto dall'utente, con ciò precludendo la possibilità di accertare e valutare il lamentato presunto inadempimento dell'operatore, sotto il profilo dell'an e sotto il profilo temporale.

Il totale mancato assolvimento dell'onere probatorio a suo carico, non può che comportare il totale rigetto della domanda dell'istante.

3.3. Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

Per le ragioni esposte in precedenza, la domanda non può essere accolta.

Come già detto, l'utente ha genericamente dedotto di aver più volte contattato il call center e di aver effettuato numerose segnalazioni telefoniche, senza tuttavia circostanziare ed identificare i reclami secondo gli standards di tracciabilità previsti dalla Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni (Allegato A alla delibera 179/03/CSP) e dalla Direttiva in materia di qualità dei servizi telefonici di contatto (call center) nel settore delle comunicazioni elettroniche (delibera n. 79/09/CSP).

Ha altresì affermato di aver inviato missive, senza però produrne alcuna.

Stante l'assoluta genericità delle deduzioni e la mancanza di qualsivoglia elemento probatorio a sostegno della pretesa, la domanda non può che essere rigettata.

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo procedere alla loro compensazione, considerata la sostanziale soccombenza dell'istante, il tenore delle difese e il comportamento complessivamente tenuto dalle parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

- 1.** Accoglie parzialmente l'istanza della Sig.ra C. Zanetti nei confronti della società H3G xxx.
- 2.** La società H3G dovrà provvedere a alla ricostruzione della posizione contabile dell'utente, stornando dalla fattura n. 1334683168 di Euro 92,23 la quota parte del canone di maggio 2013, ed a ritirare, a propria cura e spese, la pratica di recupero crediti.
- 3.** 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.
- 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 delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, lì 27 ottobre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto