

DELIBERA N. 26/11/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
██████ WIEGELE/ H3G ██████
IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 28/4/2011;

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", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

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

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA l'istanza pervenuta in data 23/09/2010, rubricata al n. LAZIO/D/728/2010 del Protocollo del Corecom Lazio, con cui la sig.ra Wiegele ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia con la società H3G ██████ (di seguito, per brevità, anche denominata "H3G");

VISTA la nota del 12/5/2010 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTE le memorie e la documentazione prodotta dalle parti;

UDITE le parti all'udienza del 06/12/2010;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Svolgimento del procedimento.

La sig.ra Wiegele promuoveva, con istanza davanti al Corecom Lazio del 16/11/2009 prot. 09-C-05118, un procedimento di conciliazione nei confronti di H3G, lamentando che *"dal 2.8.2009 si verificano problemi di ricezione, costante disturbo acustico e interruzioni di linea"*; chiedeva pertanto *"l'indennizzo contrattuale, risarcimento danni di € 5.000,00, eliminazione inconvenienti"*.

All'udienza del 20/4/2010 l'utente si riportava all'istanza di conciliazione, deduceva l'intervenuta disattivazione della linea dal 19.04.2010, e chiedeva l'eliminazione del malfunzionamento, l'indennizzo contrattualmente previsto, la riattivazione della linea. H3G offriva la riattivazione immediata della linea, oltre ad indennizzo di € 400,00; l'utente rifiutava l'offerta, con conseguente esito negativo del tentativo di conciliazione.

Successivamente, in data 23.09.2010, la sig.ra Wiegele presentava istanza di risoluzione della controversia, precisando che dal 02.08.2009 aveva problemi di ricezione del segnale H3G sulla propria linea telefonica mobile oltre alla presenza di un disturbo acustico anche nelle zone fornite di segnale e che nonostante le rassicurazioni ricevute dal gestore, questi non aveva ancora provveduto a risolvere il problema. L'utente chiedeva pertanto *"l'indennizzo per il disservizio dal 2.8.09; indennizzo per la mancata risposta ai reclami; il rimborso di quanto indebitamente pagato senza usufruire del servizio; le spese legali; l'immediata risoluzione dei guasti"*.

Con memoria tempestivamente depositata in data 03.11.2010, l'utente specificava che il disservizio ancora persisteva, nonostante le segnalazioni ad H3G e nonostante le rassicurazioni sulla loro risoluzione; che il disservizio si verificava anche utilizzando diversi apparati; che con lettera raccomandata a.r. del 22.9.09 diffidava il gestore alla risoluzione dei guasti segnalati; che non era pervenuta alcuna risposta ai reclami. Chiedeva pertanto la condanna di H3G al pagamento della somma di € 2.736,00 a titolo di indennizzo da malfunzionamento; € 2.448,00 a titolo di mancata risposta al reclamo del 22.9.09; oltre a spese legali.

La società H3G presentava memoria con cui contestava ogni addebito; produceva dettaglio delle chiamate relative al numero di telefono in oggetto, da cui si evinceva – a suo dire - che avendo l'utenza generato traffico, le doglianze relative al malfunzionamento erano infondate; sulla mancata risposta al reclamo del 22.9.09, deduceva che lo stesso era stato inoltrato ad un indirizzo di posta errato e diverso da quello indicato dall'art. 24.1 C.G.C. e che comunque il reclamo era privo di sottoscrizione dell'utente, recando la sola

sottoscrizione del legale, e non era pertanto riferibile alla sig.ra Wiegele; riproponeva la proposta già rifiutata dall'utente in sede di tentativo di conciliazione, da ritenersi "aggiuntiva" a quanto già offerto ed accettato dall'utente in sede di altra conciliazione (accredito di € 500,00; attivazione sull'utenza, senza costi e per 12 mesi, dell'opzione tariffaria "Tua free"; prot. n. 10-C-02939, udienza di conciliazione del 21.6.2010).

L'utente replicava con memoria del 12.11.2010, con la quale contestava l'efficacia probatoria del dettaglio di traffico telefonico depositato da H3G, sia perché relativo ad un periodo limitato rispetto a quello dedotto dall'utente, sia perché dallo stesso traffico si evince la fondatezza di quanto lamentato dall'utente; insisteva sulla domanda di indennizzo da mancata risposta al reclamo, deducendo l'infondatezza delle eccezioni di H3G.

All'udienza di discussione del 6.12.2010 le parti non raggiungevano alcun accordo.

2. Motivi della decisione.

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

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

2.b. Nel merito.

2.b.1. Sul malfunzionamento della linea telefonica.

Relativamente alla richiesta di indennizzo per il disservizio, la domanda dell'istante deve essere accolta.

La H3G non ha sufficientemente dimostrato di aver risolto il problema lamentato dall'utente, o che questo sia dipeso da causa ad essa non imputabile; anzi, lo stesso dettaglio di traffico depositato dal gestore, peraltro contestato dall'utente perché relativo al solo periodo agosto 2009 – ottobre 2009, conferma, quantomeno per il limitato periodo, quanto lamentato dall'utente, essendo ivi individuabili numerose telefonate della durata di pochi secondi appena. La sig.ra Wiegele lamenta, infatti, il malfunzionamento della linea, con disturbo acustico durante le conversazioni e continue interruzioni di linea.

A fronte del contestato malfunzionamento, la società H3G avrebbe dovuto provare la regolare e continua fornitura del servizio, ex Delibera 179/03/CSP nonché alla luce dell'orientamento espresso della Suprema Corte (Cass. Civ. n.2387/04), secondo il quale *"in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto*

adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento".

Pertanto, in mancanza di prova dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, deve ritenersi la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi – ex art. 1218 c.c. – che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, prova che nel caso di specie non è stata dedotta né fornita.

Il disservizio lamentato dall'istante si è protratto, dunque, per 467 giorni, dal 2.08.09 al 12.11.2010, data di deposito della memoria di replica in cui l'utente indicava l'attuale persistenza del problema.

Quanto alla misura dell'indennizzo cui l'utente ha diritto, devono essere svolte alcune osservazioni. Infatti, sebbene l'Autorità – in mancanza di precisi riferimenti per il calcolo – abbia in generale fatto ricorso all'analogia, applicando agli inadempimenti non tipizzati nelle Carte dei servizi il parametro di indennizzo "ordinario" stabilito dalle Carte stesse per la sospensione/interruzione del servizio, *melius re perpensa* deve ritenersi che in talune ipotesi, frequenti nella casistica, il ricorso all'analogia potrebbe comportare la liquidazione di importi non in linea con il principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'indennizzo rispetto al concreto pregiudizio subito dall'utente, stabilito dalla delibera 179/03/CSP, in tal modo penalizzando, ingiustificatamente, l'operatore telefonico.

Il Codice di Condotta e Carta delle Garanzie della Clientela di H3G prevede - per il disservizio dovuto a malfunzionamento della linea - un indennizzo forfettario pari a € 10,00; tale importo appare irrisorio e non proporzionato al disagio lamentato dall'utente e soprattutto alla durata del disservizio. Il computo della misura dell'indennizzo deve necessariamente prescindere dai massimali previsti dal Codice di Condotta e Carta delle Garanzie della Clientela di H3G, in quanto questi ultimi violano il principio di proporzionalità, inteso in termini di adeguatezza, quale corrispondenza dell'indennizzo al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, quali la qualità e la quantità del servizio, il valore del canone corrisposto, la durata del disservizio, la natura del soggetto - utente (persona fisica - giuridica) che ha subito il pregiudizio.

Per converso, l'applicazione in via analogica del criterio ordinario di indennizzo pari ad € 6,00 pro die, ove condotta in maniera acritica e senza tenere conto che, nella specie, si verte in tema di malfunzionamento e non di completa assenza di linea, condurrebbe ad una eccessiva penalizzazione a carico dell'operatore, tenendo conto che si verte in tema di inesatto adempimento e non propriamente di inadempimento.

Appare pertanto congruo e proporzionato al disagio effettivamente subito dall'utente, liquidare l'indennizzo nella misura di $\frac{1}{2}$ del parametro di indennizzo ordinario (6 euro) previsto dalla Carta dei servizi del gestore, per ogni giorno di disservizio (467 giorni), per complessivi € 1.401,00.

2.b.2 sulla mancata risposta al reclamo.

La sig.ra Wiegele ha dedotto di avere proposto una serie di reclami tramite chiamate call center, ed ha depositato copia del reclamo scritto inviato a mezzo legale con raccomandata a.r. 22.9.2009.

Preliminarmente si osserva che la mancata risposta al reclamo non è stata oggetto del tentativo di conciliazione, ove la doglianza non è neppure menzionata; ciò renderebbe la domanda inammissibile, ex art. 14 Regolamento approvato con Delibera 173/07/CONS per mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Purtuttavia, H3G ha espressamente accettato il contraddittorio sul punto, argomentando e difendendosi nel merito, senza nulla eccepire sulla ritualità della domanda così proposta per la prima volta in sede di istanza di definizione; la domanda stessa deve pertanto dichiararsi ammissibile.

Nel merito – preliminarmente rigettata la pretestuosa eccezione sull'asserita invalidità del reclamo sottoscritto da un legale, poiché "*soggetto del tutto estraneo al rapporto contrattuale tra le parti*" – occorre invece affermare la parziale fondatezza della ulteriore eccezione di H3G, quando contesta la validità della proposizione di tale reclamo, perché inviato ad un indirizzo errato.

L'operatore telefonico invoca, infatti, l'art. 24.1 delle Condizioni Generali di Contratto, ove sono espressamente indicate le modalità di inoltro delle comunicazioni dell'utente all'operatore, agli indirizzi ivi chiaramente indicati e "*salvo diversa indicazione*", tra cui non compare quello ove la raccomandata è stata poi effettivamente inviata. Pluralità di indirizzi che è inoltre ribadita dall'art. 23.1. della Carta dei Servizi H3G e che non è stata rispettata dall'utente, che ha inviato la sua raccomandata a.r. del 22.9.2009 all'indirizzo della sede legale di H3G. La circostanza, anch'essa pretestuosamente negata dall'utente nella memoria di replica in atti, è di lapalissiana e documentale evidenza.

Ora, atteso che l'indirizzo cui è stato inviato il reclamo è differente dalle molteplici opzioni offerte all'utente in sede di sottoscrizione del contratto, deve escludersi che l'operatore possa essere applicabile la tempistica prevista dal contratto e dalla carta dei servizi per la mancata risposta al reclamo. L'utente, infatti, scegliendo di inviare il reclamo ad una sede differente da quella prevista per le comunicazioni contrattuali, ha sostanzialmente impedito che H3G potesse trattare il reclamo con le procedure abbreviate previste per la gestione dei reclami.

Allo stesso modo, non può negarsi che la comunicazione sia stata comunque ricevuta presso la sede dell'operatore di comunicazioni elettroniche e che l'utente, pur con una tempistica differente da quella prevista nella Carta dei Servizi, avesse diritto ad ottenere un'interlocuzione con H3G relativamente alla sua doglianza. Interlocuzione che è poi in effetti avvenuta, durante l'udienza di conciliazione davanti al Corecom, in data 20 aprile 2010, tempo che si ritiene congruo in considerazione di quanto già esposto in merito alla scelta di inviare la lettera ad un diverso indirizzo rispetto alla molteplicità di opzioni offerta dal contratto.

In ragione di quanto sopra, tenuto inoltre presente che l'indennizzo per mancata risposta al reclamo è previsto nell'ambito di un complesso di norme contrattuali – che include i richiamati, e inadempiti, art. 24.1 delle Condizioni generali e art. 23.1. della Carta Servizi H3G – si rigetta la domanda di indennizzo per mancata risposta al reclamo (*rectius*: alla comunicazione inviata dal legale dell'utente presso la sede legale della società). Nessun altro reclamo può poi essere validamente preso in considerazione a tale fine, in mancanza di indicazione da parte dell'utente della data di inoltro di eventuali diversi ed ulteriori reclami.

2.b.3. Sulla domanda di rimborso di quanto indebitamente pagato senza usufruire del servizio.

La domanda – peraltro priva di riscontri probatori, non avendo l'utente neppure depositato le fatture di cui chiede il rimborso – deve essere dichiarata inammissibile, perché non è stata oggetto del tentativo di conciliazione.

2.b.4. Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 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”* e che *“quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi”* vadano comunque *“rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione”*.

Quanto alle spese della procedura, pertanto, deve tenersi conto della attiva partecipazione di entrambe le parti sia al procedimento di conciliazione, che a quello di definizione; nonché delle proposte transattive concretamente formulate dall'operatore in entrambe le fasi, quantunque non sufficienti in base ai parametri sopra citati. Inoltre, in sede di definizione, H3G ha specificato che l'importo di € 400,00 offerto in via transattiva *“si aggiunge a quanto già concordato tra le medesime parti in occasione dell'udienza di conciliazione del 21.06.2010 (istanza prot. n. 10-C-0239)”* senza tuttavia specificare se quella diversa conciliazione avesse identità anche solo parziale con il presente procedimento. Si ritiene congruo liquidare l'importo di euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto e considerato,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dalla sig.ra XXXXXXXXXX Wiegele sia da accogliere parzialmente, nei limiti di cui in motivazione;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, nonché sulla base di quanto dettagliato in atti dall'utente, sia congruo riconoscere alla sig.ra ██████ Wiegele un importo onnicomprensivo di Euro 100,00 (cento/00);

RITENUTO, per quanto sopra esposto, che il computo della misura dell'indennizzo deve necessariamente prescindere dai massimali previsti dal Codice di Condotta e Carta delle Garanzie della Clientela di H3G ██████, in quanto questi ultimi violano il principio di proporzionalità, inteso in termini di adeguatezza, quale corrispondenza dell'indennizzo al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, quali la qualità e la quantità del servizio, il valore del canone corrisposto, la durata del disservizio, la natura del soggetto - utente (persona fisica - giuridica) che ha subito il pregiudizio;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Dirigente Responsabile del Procedimento;

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini di quanto già esplicitato, dell'istanza presentata da ██████ WIEGELE in data 23/09/2010.

La società H3G ██████ è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- Euro 1.401,00= (mille quattrocentouno/00) a titolo di indennizzo per malfunzionamento del servizio, oltre interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

- Euro 100,00 (cento/00) a titolo di spese di procedura;

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'AGCOM per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio, www.corecomplazio.it.

Roma 28 aprile 2011.

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Ines Dominici

Fto