

DELIBERA N. 41/11/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
DI NICOLA ■■■ / H3G ■■■
IL CORECOM LAZIO

Nella Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 13/6/2011;

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'art. 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 n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, il "Regolamento");

VISTA l'istanza pervenuta in data 01/07/2010, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/539/2010, con cui il sig. DI NICOLA ■■■ ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia in essere con la società H3G ■■■ (di seguito, per brevità, "H3G");

VISTA la nota del 14/07/2010, con cui il Corecom Lazio ha comunicato all'utente l'inammissibilità dell'istanza per decorrenza del termine decadenziale di cui alla Delibera n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la richiesta di riesame dell'utente in data 22/03/2011, con cui è stata fornita la prova della tempestiva spedizione in data 19/06/2010, a mezzo del servizio postale, con raccomandata a.r., dell'istanza di definizione;

VISTA la successiva nota del 06/05/2011, con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti l'accoglimento della richiesta di riesame nonché, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio del procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 04/06/2011 con la quale il sig. DI NICOLA ha presentato la memoria difensiva;

VISTA la nota del 01/06/2011 con la quale H3G ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

UDITE le parti all'udienza del 04/07/2011;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento

a) Il sig. DI NICOLA, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione tenutosi il 21/12/2009, ha introdotto il presente contenzioso, rappresentando quanto segue:

1) l'istante era titolare di una utenza telefonica mobile n. [REDACTED] attiva con H3G, con piano tariffario "Super Tua" con opzione autoricarica;

2) in data 20/07/2007, H3G disattivava l'utenza, senza alcun preavviso, e senza previa comunicazione dell'imminente scadenza della sim, che gli avrebbe invece consentito di procedere ad una ricarica, evitando la disattivazione. Conseguentemente alla disattivazione, l'utente perdeva il credito da autoricarica maturato sulla sim, per Euro 1.250,00, oltre al profilo tariffario "Super Tua". Concludeva, pertanto, chiedendo, in via principale, la riattivazione dell'utenza, con il medesimo profilo tariffario "supertua" vigente al momento della disattivazione; in subordine, l'attivazione di un profilo tariffario equivalente su nuova sim; in ogni caso, il riaccredito del bonus ricarica maturato per Euro 1.250,00, nonché indennizzo per la mancata utilizzazione dell'utenza per Euro 5.298,00, pari a 883 giorni di disattivazione e sino all'udienza svolta in sede di tentativo di conciliazione, ovvero da determinarsi in via equitativa.

b) con memoria del 01/06/2011, H3G deduceva che l'utenza era stata attivata in data 01/12/2004, a nome di Passacantilli [REDACTED], cui l'utente – sig. Di Nicola [REDACTED] – subentrava in data 17/01/2005; la predetta utenza veniva inizialmente abbinata al profilo tariffario "Tua Matic" che, in data 01/03/2005 veniva cambiato con il piano tariffario "Super Tua 2007"; la disattivazione dell'utenza era stata legittimamente posta in essere ex art. 5.4. delle Condizioni Generali di Contratto *"essendo trascorsi 12 mesi dall'ultima operazione di ricarica effettuata dal cliente, più un ulteriore mese durante il quale l'utenza è abilitata soltanto alla ricezione di servizi gratuiti"*. Sempre ai sensi del predetto art. 5.4. C.G.C. *"Trascorso detto periodo, "3" disattiverà la carta Usim e non rimborserà il credito residuo. L'eventuale credito residuo potrà essere trasferito su altro prodotto "3"*". H3G deduceva altresì che sulla predetta utenza non era mai stata effettuata, dall'utente, alcuna operazione di ricarica, e che pertanto la disattivazione era del tutto legittima e conforme alle C.G.C., con conseguente rigetto della domanda di indennizzo; osservava altresì che l'utenza era rimasta attiva *"per ben 18 mesi decorrenti dal 1.1.2006 (ovvero dal 13° mese di cui all'art. 5.4. delle C.G.C.) nei quali l'utente avrebbe potuto effettuare una operazione di ricarica"*

evitando in tal modo la disattivazione". Contestava l'esistenza e l'ammontare del credito residuo indicato dall'utente, "sconfessato" dalla produzione del documento "Storico ricariche utenze" prodotto agli atti; in ogni caso, il gestore sarebbe stato tenuto a riaccreditare all'utente il solo credito da questi acquistato e non usufruito al momento della disattivazione, con esclusione del credito generato da autoricariche, bonus o ricariche gratuite. Concludeva pertanto H3G per il rigetto dell'istanza dell'utente; in via subordinata, chiedeva applicarsi il Regolamento di cui alla Delibera n. 73/11/CONS in materia di indennizzi. Precisava, infine, H3G, di avere proposto una soluzione bonaria del contenzioso in essere, mediante offerta di attivazione di una nuova utenza prepagata con piano tariffario a scelta dell'utente tra quelli attualmente in vigore, e con accredito della somma di Euro 100,00 a mezzo ricarica sulla predetta nuova utenza.

c) Con memoria tempestivamente depositata, l'utente lamentava il mancato invio, da parte di H3G, dell'informativa relativa alla disattivazione della sim, nonché la violazione dell'art. 5 delle C.G.C.

d) All'udienza del 04/07/2011 le parti si riportavano ai rispettivi scritti difensivi; H3G dichiarava che l'utente utilizzava l'utenza solo attraverso le autoricariche, e non anche per ricarica; l'utente contestava l'assunto. Il Legale Istruttore, preso atto del mancato raggiungimento di un accordo, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

2. Motivi della decisione

2.a. Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Invero, questo Corecom Lazio aveva, con nota del 14/07/2010, comunicato all'utente l'inammissibilità dell'istanza per decorrenza del termine decadenziale di cui all'art. 14, comma 2 del Regolamento (approvato con Delibera n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni): l'istanza era infatti pervenuta all'AgCom in data 25/06/2010 (prot. n. 0040134) e da questa inoltrata per competenza al Corecom Lazio in data 01/07/2010; il Corecom Lazio aveva valutato l'intempestività dell'istanza con riferimento alla data di ingresso presso l'AgCom - 25/06/2010 – ritenendo decorso il termine perentorio di 6 mesi dall'udienza svolta il 21/12/2009 per il tentativo di conciliazione; l'utente ha poi depositato presso lo stesso Corecom Lazio, richiesta di riesame in data 22/03/2011, con cui forniva la prova della tempestiva spedizione - in data 19/06/2010, a mezzo del servizio postale, con raccomandata a.r. - dell'istanza di definizione; il Corecom Lazio, pertanto, valutato tale elemento, ed in considerazione della consolidata giurisprudenza in tema di notificazione a mezzo del servizio postale (Cass. n. 10481/2003; Corte Cost. n. 477/2002 e n. 520/2002), in applicazione dei principi ivi esposti per cui la notificazione si perfeziona, per il notificante, al momento della spedizione dell'atto introduttivo (a condizione che la ricezione da parte del notificato sia, poi, effettivamente avvenuta, evento certificato dal protocollo di ingresso dell'AgCom), ha accolto la richiesta di riesame dell'utente con nota del 06/05/2011, con cui comunicava altresì, ad entrambe le parti del procedimento, l'avvio dell'istruttoria, ex art. 15 Regolamento.

Ciò premesso, si rileva 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

rimborsi/storni o 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

L'utente ha chiesto, in via principale, la riattivazione dell'utenza, con il medesimo profilo tariffario "supertua" vigente al momento della disattivazione; in subordine, l'attivazione di un profilo tariffario equivalente su nuova sim; in ogni caso, il riaccredito del bonus ricarica maturato per Euro 1.250,00, nonché indennizzo per la mancata fruizione del servizio per Euro 5.298,00, pari a 883 giorni di disattivazione e sino all'udienza svolta in sede di tentativo di conciliazione, ovvero da determinarsi in via equitativa.

L'eventuale accoglimento della domanda relativa alla riattivazione del piano tariffario fruito prima della scadenza della vecchia USIM, nonché della domanda di pagamento di un indennizzo per mancata fruizione del servizio, sono logicamente connesse all'accertamento della eventuale responsabilità del gestore nel procedere alla disattivazione della stessa USIM per mancata ricarica. Infatti, solo laddove si ritenga che il comportamento del gestore non sia stato conforme alle Condizioni generali di contratto nel far scadere la USIM, allo stesso potrà essere ordinato di ripristinare la precedente situazione contrattuale, tramite la riattivazione dell'originario piano tariffario, e potrà essere pronunciata condanna al pagamento di un indennizzo. E' dunque necessario approfondire se detta scadenza sia stata legittima ai sensi del contratto.

2.b.1. Sulla disattivazione dell'utenza e sulla domanda di pagamento di un indennizzo.

Rileva al riguardo il disposto dell'articolo 5.4 delle condizioni generali di contratto secondo cui "*in caso di servizi prepagati, 3 fornirà al cliente i relativi servizi per un periodo di dodici mesi decorrenti dal giorno di attivazione della Card o dall'ultima operazione di pagamento (ricarica)*". Le predette condizioni fissano quindi un termine entro il quale l'operatore è tenuto a garantire l'erogazione dei servizi telefonici all'intestatario della USIM CARD e, contestualmente, individuano come *dies a quo* la data di attivazione della scheda ovvero l'ultima operazione di ricarica.

Pertanto, preso atto della mancata ricarica della Sim Card nell'arco dei 12 mesi dichiarata dalla società H3G [REDACTED], ed in assenza di prova in ordine alla stessa da parte dell'utente, per il gestore si era astrattamente verificata una delle condizioni per procedere alla disattivazione della USIM.

Tuttavia, poiché l'attivazione dell'utenza è avvenuta, per stessa ammissione di H3G, in data 1.12.2004 e, in assenza di ricariche effettuate dall'utente, tale data deve essere considerata quale *dies a quo* per la decorrenza del termine di 12 mesi nei quali il gestore deve garantire ex art. 5.4 C.G.C. l'erogazione del servizio, la disattivazione, pacificamente avvenuta il 20.7.2007, non rispetta affatto tale termine, collocandosi in un arco temporale nel quale il contratto doveva ritenersi tacitamente rinnovato alle medesime condizioni. La disattivazione avrebbe infatti potuto intervenire nelle date del 1.1.2006; ovvero 1.1.2007; ovvero 1.1.2008, vale a dire 13 mesi dopo la prima attivazione o dopo la prima rinnovazione tacita del contratto, ma giammai alla data del 20.7.2007.

Inoltre, l'art. 5.4. C.G.C. prosegue prevedendo un obbligo a carico del gestore che serve a tutelare gli interessi dell'utente (che può avvedersi della disattivazione in cui sta per incorrere), poiché stabilisce che allo scadere dei predetti 12 mesi H3G [REDACTED]. assicura comunque "un

ulteriore mese durante il quale la Carta USIM sarà abilitata soltanto alla ricezione dei servizi gratuiti”.

Quest'ultima disposizione non è stata invece garantita da parte della società H3G ■■■■■, impedendo in sostanza all'utente, nell'arco dei trenta giorni, di prendere atto della sospensione del servizio telefonico per le chiamate in uscita, così da conoscere lo stato della USIM, effettuare una eventuale ricarica, evitando la disattivazione per scadenza naturale, che per contro è avvenuta, di fatto, senza alcun preavviso.

Ne consegue, pertanto, che la disattivazione dell'Usim è avvenuta illegittimamente e in modo non conforme al contratto.

L'utente, pertanto, ha diritto alla riattivazione del piano tariffario fruito prima della scadenza e alla riattivazione dello stesso numero di utenza, ove tecnicamente possibile o, in alternativa, all'attivazione di un profilo tariffario equivalente su nuova USIM.

Quanto alla misura dell'indennizzo da mancata fruizione del servizio per illegittima disattivazione della Usim, si deve preliminarmente evidenziare che l'indennizzo è una sorta di penalità da inadempimento normalmente predeterminata dalle parti, ma che, nel caso specifico, non è espressamente prevista dai documenti contrattuali. Ciononostante, si ritiene che il soggetto inadempiente debba pur sempre farsi carico delle conseguenze negative che dal suo comportamento sono derivate a danno di altri e che pertanto allo stesso debba comunque essere addossato un obbligo di indennizzo, la cui misura va determinata facendo applicazione analogica dell'art. 24 del Codice di Condotta e Carta delle Garanzie della Clientela di H3G, che prevede un indennizzo giornaliero base di Euro 6,00 commisurato alla durata del disservizio ed ai volumi di traffico sviluppati; tale previsione, deve poi essere armonizzata con i principi di equità e proporzionalità del disagio effettivamente subito dall'utente, secondo una valutazione complessiva della fattispecie e delle ripercussioni che, secondo un criterio di ragionevolezza, sono derivate al soggetto adempiente.

Venendo al caso in esame, si valutano i seguenti elementi: a) tipo di contratto (utenza mobile prepagata); b) rilevanza effettiva del disagio sull'utenza, considerato che l'istante, a fronte della avvenuta disattivazione dell'utenza (luglio 2007) ha presentato l'istanza di conciliazione (gennaio 2009) 18 mesi dopo; c) rilevanza del comportamento dell'utente evidenziato sub b), ai fini dell'applicazione dell'art. 1227, 2° comma c.c.; d) mancata deduzione di un particolare utilizzo dell'utenza, a fini professionali o altro; e) parametro base di indennizzo previsto dalla Carta del Cliente di H3G di Euro 6,00 commisurato alla durata del disservizio ed ai volumi di traffico sviluppati; f) assenza di prova sull'entità del traffico sviluppato.

H3G ha chiesto liquidarsi l'indennizzo, nella denegata ipotesi di suo riconoscimento in favore dell'utente, secondo quanto disposto dalla recente Delibera n. 73/11/CONS in materia di indennizzi: tale delibera non è tuttavia applicabile, *ratione temporis*, al caso di specie, essendo la stessa applicabile, ex art. 5 Delibera cit., *“ai procedimenti di definizione per i quali la relativa istanza sia stata presentata successivamente alla data di entrata in vigore della presente delibera”* (in vigore dal giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, avvenuta sul n. 60 del 14/03/2011, e dunque entrata in vigore il 15.3.2011, successivamente alla proposizione della presente istanza di definizione).

Valutati, pertanto, tutti gli elementi sopra esposti e ricordato che l'art. 84 del Codice delle comunicazioni Elettroniche fa espresso riferimento all'equità nell'immaginare il sistema degli indennizzi, si ritiene che nella fattispecie sia equo e proporzionale liquidare un indennizzo di Euro 200,00 (duecento).

2.b.2. Sulla domanda di restituzione del credito residuo.

Per quanto riguarda invece la richiesta di restituzione integrale del credito presente sulla Usim al momento della disattivazione, indicato dall'utente in Euro 1.250,00, H3G ha fornito la prova della mancata ricarica della Usim, attraverso la produzione del documento "Storico ricariche utenze", genericamente contestato dall'utente solo all'udienza del 4.7.2011 e da cui si evince che le sole ricariche effettuate sulla predetta utenza sono avvenute solo per effetto di "autoricarica bonus" e di "ricarica omaggio", che non danno luogo ad alcun obbligo di restituzione a carico della società H3G [REDACTED], in considerazione della natura non monetaria (ma in genere promozionale o di bonus) del traffico da autoricarica riconosciuto dai gestori ed in mancanza di importi realmente acquistati dall'utente.

Inoltre H3G ha depositato copia del "*Prospetto piano tariffario prepagato "Super Tua 2007"*", non contestato dall'utente, ove è chiaramente indicato che "*l'autoricarica viene corrisposta nel mese solare successivo a quello di maturazione, a condizione che si raggiunga una soglia minima di 5 Euro, fino ad un massimo di 333 Euro e può essere utilizzata entro la fine del mese solare successivo a quello di erogazione*". In nessun caso, pertanto, l'utente può avere accumulato l'importo indicato di Euro 1.250,00, poiché gli importi da autoricarica devono essere utilizzati "*entro la fine del mese solare successivo a quello di erogazione*" ed il loro ammontare non può essere superiore, nel massimo, ad Euro 333 a ricarica.

Difetta, infine, ogni prova, il cui onere è posto a carico dell'utente richiedente il rimborso, circa l'esistenza e l'ammontare del predetto asserito credito.

Ne consegue il rigetto della relativa domanda.

2.c. 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'art. 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*".

Nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 50,00 (cinquanta) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda del sig. DI NICOLA ■■■ sia da accogliere;

RITENUTO inoltre che, quanto alle spese di procedura, alla luce dei criteri generalmente seguiti da questa Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 50,00 (cinquanta), quale rimborso forfetario delle spese sostenute per presenziare all'udienza per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e per la trattazione della presente procedura;

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 del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura.

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento nei termini esposti in motivazione dell'istanza presentata dal sig. DI NICOLA ■■■ in data 01/07/2010.

La società H3G ■■■ è tenuta a corrispondere all'utente, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- a) Euro 200,00 quale indennizzo per l'inadempimento contrattuale di illegittima disattivazione dell'utenza, determinato come in motivazione;
- b) Euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

Sulla somma indicata al paragrafo a) dovrà inoltre essere corrisposto l'interesse legale calcolato a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

La società H3G ■■■ è inoltre tenuta alla riattivazione del piano tariffario fruito prima della scadenza e alla riattivazione dello stesso numero di utenza, ove tecnicamente possibile o, in alternativa, all'attivazione di un profilo tariffario equivalente su nuova USIM.

E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior 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'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom.

Roma 13 giugno 2011

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Ines Dominici

Fto