

DELIBERA N. 49/11/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSA

■■■■/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 30 giugno 2010, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/516/2010, con cui il sig. ■■■■ ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia in essere con la società H3G ■■■■ (di seguito, per brevità, anche denominata "H3G");

per interessi maturati. Il tutto oltre Euro 6,00 al giorno per indennizzo da inadempimento contrattuale dal 21 maggio 2010 sino alla futura effettiva data di riattivazione del servizio ed ulteriori Euro 6,00 al giorno per indennizzo da perdurante mancata risposta ai reclami dal 21 maggio 2010 sino alla futura data di effettivo integrale pagamento di detto indennizzo o, in subordine, sino alla data di conclusiva delibera decisoria, nonchè maggiori spese e maggiori interessi maturandi, in caso di mancata conciliazione. H3G a titolo transattivo proponeva un bonus di ricarica di Euro 100,00, non accettato dall'istante. L'udienza si concludeva dunque con esito negativo;

6) con l'istanza di definizione, l'utente ha quindi chiesto un indennizzo complessivo di Euro 8.500,00 alla data del 20 luglio 2010, oltre Euro 6,00 al giorno dal 20 luglio 2010 per l'inadempimento contrattuale ed Euro 6,00 al giorno per la mancata risposta al reclamo sino alla data di effettivo integrale e concreto adempimento da parte dell'operatore o, in subordine, sino alla data di pubblicazione della delibera decisoria. Chiedeva inoltre la riattivazione del servizio, Euro 500,00 a titolo di rimborso delle spese della procedura, oltre interessi di legge;

7) con memoria del 23 luglio 2010, l'istante ha dedotto l'irrelevanza ai fini della decisione dei dettagli del traffico dei due bimestri anteriori alla disattivazione del servizio, di cui era stata chiesta la produzione, dichiarando che l'utenza "era regolarmente e correttamente ben usata dall'istante giornalmente ed anche lavorativamente e per relazioni familiari, sociali ed altri interessi, sovente per traffico in uscita ed entrata voce" e che il volume del traffico era nella norma e per usi personali leciti e senza scopo di lucro e che, comunque, tale produzione sarebbe stata impossibile per indisponibilità dei dettagli di traffico nelle aree clienti internet delle utenze prepagate. Ha altresì dedotto l'irrelevanza della produzione dell'eventuale istanza GU5, non obbligatoria e non presentata all'epoca, insistendo nelle domande già formulate;

8) con memoria di replica del 4 agosto 2010, l'istante contestava le affermazioni dell'operatore perchè non pertinenti, irrilevanti ed infondate; deduceva l'irrelevanza della denuncia querela contro ignoti sporta da H3G perchè i fatti non riguardavano l'utente e perchè la denuncia si riferiva a presunti abusi eseguiti da utenze postpagate, e non prepagate, la mancanza di qualsivoglia prova documentale e/o addebito specifico in ordine a ipotetici abusi del servizio nei confronti dell'utente; si opponeva alla riunione dei procedimenti per la non omogeneità totale o parziale di oggetti, questioni, decorrenze indennizzatorie cronologiche ed insisteva nelle domande già formulate;

9) con comunicazione fax ed e mail del 4 febbraio 2011, perdurando l'inadempimento dell'operatore, l'utente presentava al Corecom Lazio una istanza GU5-GU21 chiedendo ordinarsi ad H3G la riattivazione immediata del servizio di trasferimento di chiamata disattivato;

10) all'udienza di discussione del 31 maggio 2011, svoltasi in audioconferenza con l'utente, l'istante chiedeva acquisirsi la documentazione prodotta con le note del 27

maggio 2011, riportandosi per il resto alle precedenti istanze. H3G, riportandosi anch'essa ai propri scritti difensivi, formulava un'offerta transattiva, non accettata dall'istante.

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.

Viceversa, non sono ammissibili e se ne dispone lo stralcio dal procedimento, la nota inviata via fax il 15 febbraio 2011 e la nota inviata via fax il 27 maggio 2011 dall'istante, unitamente ai documenti allegati a quest'ultima, in quanto memorie prodotte successivamente ai termini stabiliti a pena di irricevibilità con la nota di avvio del procedimento, concessi alle parti e già utilizzati dall'istante.

La nota del 27 maggio 2011 non può ritenersi ammissibile neppure sotto altro profilo, in quanto l'art. 16 commi 5 e 6 del Regolamento consente alle parti unicamente l'illustrazione orale in udienza delle rispettive posizioni e affida al responsabile del procedimento l'onere di redigere il processo verbale dell'udienza in forma sintetica.

Si precisa inoltre che H3G, a seguito della lettera di avvio del procedimento, non ha depositato alcuna memoria e che pertanto questo travolge le deduzioni contenute nella memoria di replica prodotta dall'istante in data 4 agosto 2010.

2.b. Nel merito

2.b.1. Sulla domanda di riattivazione del servizio

In primo luogo si evidenzia che, nel corso del procedimento d'urgenza promosso dall'istante (Prot. n. U101/2011), in data 11 febbraio 2011 l'operatore ha dichiarato che il servizio di trasferimento di chiamata per l'utenza oggetto del procedimento di definizione è attivo.

In ordine alla domanda di riattivazione del servizio pertanto si dichiara cessata la materia del contendere.

2.b.2. Sulla sospensione del servizio di trasferimento di chiamata

i. - L'oggetto del contenzioso è la legittimità, o meno, della sospensione del servizio di trasferimento di chiamata effettuata dall'operatore il 3 ottobre 2007 sull'utenza intestata all'istante.

La domanda dell'utente è fondata per le seguenti motivazioni.

La società H3G non ha prodotto alcuna memoria esplicativa né specifica documentazione in merito a quanto sostenuto dalla parte istante: ha meramente ribadito, nel corso dell'udienza, la correttezza del proprio operato, rilevando che dalla sospensione del

servizio non sono derivati danni patrimoniali e/o disservizi all'utente e che tale servizio, dal mese di novembre 2010, era riattivabile su istanza dell'utente.

In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al 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), 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, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Nella fattispecie, quindi, incombeva all'operatore l'onere di provare la sussistenza nel caso specifico di una delle ipotesi previste dall'art. 26 della Carta Servizi e dall'art. 18.3 delle Condizioni generali di contratto per poter esercitare la facoltà di sospendere il servizio, nonché di aver adeguatamente preavvisato l'utente della sospensione.

In mancanza di qualsivoglia contestazione da parte dell'operatore, deve ritenersi che H3G abbia effettivamente sospeso il servizio di trasferimento di chiamata sull'utenza intestata al sig. ■■■ il 3 ottobre 2007, senza alcun preavviso e senza alcuna giustificazione.

H3G non ha infatti fornito alcuna prova idonea ad escludere o a limitare la propria responsabilità, non ha addotto alcuna valida giustificazione in merito alle ragioni che hanno determinato la sospensione del servizio, non ha provato di aver dato all'utente alcun preavviso in merito alla sospensione del servizio, interrompendolo improvvisamente.

L'utente ha peraltro espressamente contestato di aver ricevuto un preavviso scritto o orale circa l'interruzione del servizio, né prima del 3 ottobre 2007 né dopo, ed ha altresì espressamente dichiarato di aver utilizzato le utenze ed il servizio "per usi personali leciti e senza alcun benché minimo scopo di lucro né diretto né indiretto" e nessuna minima contestazione e prova documentale al riguardo è stata formulata o prodotta dall'operatore, anche con riferimento ad un supposto e mai dedotto uso anomalo.

ii. - Si ritiene pertanto, sotto questo profilo, che la condotta dell'operatore non sia stata conforme agli obblighi normativi previsti, e che sussista in capo all'operatore una responsabilità contrattuale.

Tenuto conto che l'operatore non ha garantito l'erogazione del servizio accessorio in modo regolare, continuo e senza interruzioni, l'istante ha diritto ad un indennizzo giusto e proporzionato che consideri la natura accessoria e non sostanziale del servizio.

Difatti, se da un lato la sospensione del servizio è stata illegittimamente effettuata, è pur vero che nella fattispecie si è trattato della sospensione di un servizio meramente

accessorio, la cui mancanza, in quanto tale, non può essere valutata, in termini economici, alla stessa stregua della mancanza del servizio telefonico essenziale, di cui peraltro, l'utente ha continuato ad usufruire in modo regolare e continuo.

A ciò si aggiunga che l'istante si è accorto dell'avvenuta interruzione del servizio solo nel mese di luglio/agosto 2009, lamentando in un primo momento che tale disattivazione fosse stata effettuata dall'operatore a luglio/agosto del 2008 (pagg. 1-2 dell'istanza di conciliazione) e non ad ottobre del 2007, come successivamente precisato.

Il che conferma la residualità dell'importanza del servizio (e del relativo disagio) per l'utente.

Per quanto sopra esposto, si ritiene che non sia equo e proporzionale computare l'indennizzo sulla base dell'ordinario parametro previsto dalla Carta dei Servizi per la sospensione del servizio fonia, elemento fondante del rapporto contrattuale tra le parti e che la doglianza relativa alla sospensione di un servizio accessorio possa comunque trovare giusto ed equo ristoro con un indennizzo da valutarsi secondo equità e proporzionalità.

Ciò premesso, pertanto, per la determinazione della misura dell'indennizzo, in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto al concreto pregiudizio subito dall'istante come stabilito dalla Delibera 179/03/CSP, ed al principio di equità stabilito nell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, si ritiene di dover prendere in considerazione la fattispecie nel suo complesso e le ripercussioni che in concreto possono essere derivate dall'inadempimento, dovendosi impedire che da tale inadempimento possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate, per entrambe le parti.

In conclusione, vengono dunque considerate le seguenti circostanze:

1) la natura accessoria della funzione di trasferimento di chiamata, rispetto alle altre condizioni contrattuali. Qualora la disponibilità di tale funzionalità fosse stata ritenuta particolarmente rilevante ai fini dell'utilizzo del servizio da parte dell'utente, questi avrebbe potuto recedere dal contratto e rivolgersi ad operatori alternativi, o attivare nell'immediatezza le procedure d'urgenza previste dalla delibera 173/07/CONS. Avendo l'utente scelto di continuare a fruire del servizio offerto da H3G nonostante la prolungata assenza di tale funzione, può ritenersi che il servizio di comunicazione offerto sia stato nel caso di specie predominante rispetto alla semplice funzione di trasferimento di chiamata;

2) è mancato un disagio effettivo dell'utente, il quale infatti, non si è neppure reso conto con precisione del momento in cui si è verificato il disservizio, si è lamentato quasi due anni dopo la avvenuta sospensione del servizio ed ha presentato una istanza di riattivazione urgente solo nel corso del procedimento di definizione, a distanza di oltre tre anni;

3) la durata prolungata del disservizio è dipesa in gran parte anche dall'inerzia dell'istante, il quale, ha presentato il primo reclamo quasi due anni dopo la sospensione del servizio,

con ciò da un lato portando in evidenza la misura minima delle ripercussioni subite e dall'altro contribuendo, con il suo comportamento, a prolungare il periodo del disservizio. A tal fine si richiama il disposto dell'art. 1227 cod. civ.;

4) il lasso di tempo trascorso tra la denuncia del disservizio e la data di riattivazione del servizio;

5) utilizzo non professionale dell'utenza, stante la tipologia di contratto prescelta;

6) l'inapplicabilità, in conformità all'odierno orientamento dell'Autorità, del massimale previsto dalla Carta Servizi, in quanto viola, in termini di adeguatezza, il principio di proporzionalità, quale corrispondenza dell'indennizzo erogato al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, come la qualità e la quantità del servizio, il valore del canone corrisposto, la durata del disservizio, la natura del soggetto – utente (persona fisica-persona giuridica) che ha subito il pregiudizio.

Per tutti i motivi che si sono esposti in merito all'adeguatezza e alla proporzionalità dell'indennizzo, si ritiene equo stimare in Euro 300,00 l'indennizzo da porre a carico del gestore.

2.b.3. Sulla gestione dei reclami

Veniamo ora ad esaminare la domanda di indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

L'istante ha presentato un reclamo, trasmesso via e mail il 23 agosto 2009 e via fax il giorno successivo, lamentando l'illegittima disattivazione del servizio di trasferimento di chiamata e chiedendo il pagamento dell'indennizzo per l'inadempimento contrattuale.

A fronte di tale reclamo, non risulta che l'operatore abbia fornito qualsivoglia riscontro.

Nella pendenza del termine di 45 giorni contrattualmente previsto per fornire la risposta ai reclami degli utenti, il sig. ■■■ ha depositato l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione (in data 1 settembre 2009). La circostanza rileva per la configurazione della fattispecie, alla quale dunque non possono essere applicati i criteri ed i parametri indennizzatori previsti dalle Condizioni Generali di contratto per la mancata risposta ai reclami, poiché in pendenza del termine contrattualmente previsto per la risposta, l'utente ha attivato la procedura conciliativa, la cui funzione economico sociale è proprio quella di creare un'occasione di confronto tra le posizioni dell'utente e dell'operatore superando quindi gli strumenti contrattualmente previsti tendenti allo stesso scopo.

Pertanto, per la determinazione della misura dell'indennizzo, si dovrà procedere alla valutazione complessiva della fattispecie ed alle ripercussioni che, secondo un criterio di ragionevolezza, sono derivate dal difetto di interlocuzione, dovendosi impedire che da tale incomunicabilità con l'operatore – certamente imputabile a quest'ultimo in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate.

In questo senso va peraltro il nuovo Regolamento in materia di indennizzi applicabili nei rapporti tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche e di televisione a pagamento, varato dal consiglio dell'Autorità, che – vertendosi intorno a fatti accaduti in epoca anteriore – è certamente non applicabile al caso di specie ma che comunque ha il merito di affrontare il tema di un'adeguata diversificazione degli importi da riconoscere a titolo di indennizzo a seconda della gravità dell'inadempimento contrattuale riscontrato.

Venendo al caso in esame, si valutano i seguenti elementi: a) tipo di contratto (utenza "privata", prepagata) e natura accessoria del servizio sospeso; b) esiguità del disagio subito dall'istante; c) lasso di tempo trascorso dalla sospensione (3 ottobre 2007) alla data di reclamo (23 agosto 2009), dal quale si può ulteriormente dedurre la sostanziale irrilevanza del disagio subito dall'utente; d) lasso di tempo trascorso dalla data del reclamo alla data dell'udienza di conciliazione (20 maggio 2010), nel corso della quale l'utente ha potuto interloquire con il gestore sul suo specifico caso; e) condotta omissiva dell'operatore in relazione al reclamo avanzato dall'utente; f) proposizione del tentativo di conciliazione nelle more della scadenza del termine fissato nella Carta servizi.

Valutati tutti gli elementi appena esposti, e rammentando 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 150,00 per la mancata gestione del reclamo.

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 la mancanza di qualsivoglia difesa dell'operatore, si ritiene congruo liquidare l'importo di 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. ■■■ sia parzialmente 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 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. ■■■ in data 30 giugno 2010.

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

- a) Euro 300,00 a titolo di indennizzo per la sospensione del servizio di trasferimento di chiamata relativo all'utenza indicata in premessa, oltre interessi legali su detto importo dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia;
- b) Euro 150,00 a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, oltre interessi legali su detto importo dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia;
- c) Euro 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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