

DELIBERA DL/114/14/CRL/UD del 4 novembre 2014

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

F. P. / H3G [REDACTED]

IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 4 novembre 2014;

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 la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 19.07.2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/458/2013, con cui il sig. F. P. (di seguito, per brevità, "Sig. P.") ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società H3G [REDACTED] (di seguito, per brevità, "H3G");

VISTA la nota del 07.08.2013 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la memoria difensiva ed i documenti depositati da H3G;

VISTA la memoria di replica depositata dall'utente;

UDITE tutte le parti all'udienza del di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) L'utente ha introdotto il presente contenzioso, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, lamentando l'attivazione non richiesta del servizio "Cinema 3" e l'invio di sms pubblicitari, la loro mancata disattivazione nonostante i reclami inoltrati, e la mancata risposta agli stessi. L'utente chiedeva pertanto l'immediata disattivazione del servizio "Cinema 3", la cessazione dell'invio degli sms pubblicitari, l'indennizzo per la mancata disattivazione e per la mancata risposta ai reclami, il risarcimento del danno, il rimborso delle spese di procedura. L'utente depositava copia del reclamo scritto del 23.1.2012.

b) Con memoria difensiva tempestivamente depositata, H3G eccepiva l'inammissibilità dell'istanza relativamente alla domanda di risarcimento del danno proposta dall'utente, domanda per la quale il Corecom Lazio non è competente a pronunciarsi ai sensi dell'art. 19 Allegato A alla Delibera 173/07/CONS; nel merito, il gestore deduceva che con comunicazione del 9.2.2012 aveva riscontrato il reclamo del 23.1.2012 con cui l'utente aveva contestato l'attivazione del servizio "Cinema 3" chiedendone la disattivazione, nonché l'invio di sms pubblicitari. Con la risposta al reclamo il gestore specificava che non si trattava affatto di attivazione di servizi (non richiesti), bensì di messaggi pubblicitari gratuiti con i quali informava l'utente di avergli messo a disposizione, del tutto gratuitamente, biglietti per il cinema da poter usufruire presso i cinema convenzionati, ricordandogli che, in fase di sottoscrizione del contratto di telefonia mobile, l'utente aveva prestato il proprio consenso al "*trattamento ed alla comunicazione dei dati personali ai sensi dell'art. 130 D.Lgs. 196/03 per attività promozionali e comunicazioni commerciali, offerta di beni e servizi ..*"; nella medesima risposta al reclamo, il gestore informava l'utente sulle modalità con cui avrebbe potuto revocare il consenso già prestato, al fine di non ricevere più alcun messaggio promozionale e commerciale; analoghe informazioni venivano rese all'utente con la proposta transattiva del 17.5.2013, inviata a mezzo fax dal gestore pochi giorni prima dell'udienza fissata per il tentativo obbligatorio di conciliazione, allo scopo di dirimere bonariamente la controversia. L'utente non aveva disposto la revoca del consenso al trattamento ed alla comunicazione dei propri dati personali.

Il gestore concludeva pertanto per il rigetto dell'istanza, e chiedeva la condanna dell'utente al pagamento delle spese di procedura quantificate in Euro 100,00, attesa la temerarietà della lite.

c) Con memoria tempestivamente depositata, l'utente replicava alle difese di H3G, eccependo preliminarmente la nullità della memoria difensiva per inesistenza e/o carenza assoluta di procura, chiedendo lo stralcio della memoria e dei documenti con la stessa depositati; nel merito, deduceva la vessatorietà della clausola di cui all'art. 2 F dell'Informativa Privacy in quanto non

conosciuta né sottoposta all'attenzione dell'utente né oggetto di autonoma trattativa individuale; deduceva inoltre di non avere mai ricevuto copia della detta Informativa e delle C.G.C. L'utente insisteva pertanto nelle domande proposte e nella richiesta di indennizzo per servizi accessori non richiesti, calcolati dal 23.1.2012 (data del reclamo) al 27.9.2013 (data di redazione della memoria di replica, attesa la mancata disattivazione dei servizi e la perdurante ricezione di sms pubblicitari). L'utente contestava altresì di avere mai ricevuto la risposta al reclamo, così come il fax relativo alla proposta transattiva, ed insisteva pertanto anche nella domanda di pagamento del relativo indennizzo. Chiedeva, infine, il pagamento delle spese di procedura, opponendosi all'analoga richiesta del gestore nei suoi confronti proposta.

d) All'udienza di discussione del 01.10.2013, entrambe le parti si riportavano ai rispettivi scritti difensivi e richieste; il Legale Istruttore, preso atto dell'impossibilità di raggiungere un accordo, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

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

Questo 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 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.

L'eccezione di inammissibilità sollevata da H3G relativamente alla domanda di risarcimento del danno proposta dall'utente deve dunque essere accolta.

Deve essere tuttavia dichiarata l'inammissibilità dell'istanza di definizione anche con riguardo alla domanda di pagamento di un indennizzo per asserita attivazione di servizi non richiesti, posto che, come dedotto e provato dal gestore, non si verte in tema di attivazione di servizi non richiesti, bensì di invio di messaggi pubblicitari e promozionali, in ipotesi avvenuti in violazione della Legge sulla Privacy, materia il cui esame è precluso al Corecom per essere di esclusiva competenza del Garante per la Protezione dei Dati Personali.

Oggetto residuale della presente istanza di definizione è dunque la asserita mancata risposta ai reclami inoltrati dall'utente.

L'eccezione infine sollevata dall'utente sul difetto di regolare costituzione, rappresentanza e/o assistenza del gestore è infondata. Com'è noto, infatti, il Regolamento che disciplina il procedimento di definizione non richiede forme determinate per la difesa nel procedimento dell'operatore, limitandosi piuttosto a disporre – all'art. 9 punto 1 bis introdotto dalla Delibera 597/11/CONS – che *“i rappresentanti degli operatori possono indicare i propri delegati a partecipare alle udienze di conciliazione tramite comunicazione generale e preventiva al Corecom competente...”*.

Premessa dunque l'inesistenza di una specifica norma che disciplini in modo solenne le forme della difesa nel procedimento da parte degli operatori, si osserva *ad abundantiam* che il Corecom Lazio, ancor prima dell'introduzione della norma citata, ha adottato la prassi di richiedere agli operatori di comunicazioni elettroniche il deposito preventivo degli atti di nomina dei procuratori generali, e ciò tanto con riferimento ai procedimenti di definizione che a quelli di conciliazione. In adempimento di quanto sopra, H3g ha provveduto a depositare atto notarile in cui si conferisce la nomina di procuratori societari, agli avv.ti Fabio Missori e Antongiulio Lombardi con il potere – tra gli altri – *“di rappresentare e difendere la società in tutti i giudizi davanti a qualsiasi autorità giudiziaria (...); a qualsiasi autorità stragiudiziale e amministrativa quali, a titolo esemplificativo (...) l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, il Corecom (...) con tutti i necessari poteri, incluso a) il potere di transigere anche in relazione alle controversie con i consumatori, e b) il potere di delegare a terze parti e/o conferire mandato a procuratori speciali, avvocati, consulenti legali e tecnici in merito a quanto sopra”* . È pertanto rituale la nomina con delega, altresì depositata presso il Corecom, conferita dai suddetti procuratori al legale, firmatario degli atti difensivi.

2.2. Nel merito.

Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente ha dedotto, senza tuttavia provarlo - nonostante espressamente richiesto con la nota di avvio del procedimento di questo Corecom Lazio del 07.08.2013 di indicare, per i reclami telefonici, il numero di pratica o la data del reclamo – di avere inoltrato numerosi reclami per contestare l'attivazione non richiesta del servizio “Cinema 3” e chiederne la disattivazione, nonché l'invio di sms pubblicitari sulla propria utenza mobile. L'unico reclamo agli atti del procedimento, ammesso dallo stesso gestore, è quello del 23.1.2012, ricevuto da H3G il 3.2.2012.

Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta ai reclami inoltrati dall'utente, ovvero la risposta tardiva agli stessi o il loro sostanziale rigetto, e da cui è derivata per l'utente una *mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo “da mancata risposta al reclamo”, anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP.

H3G ha dedotto e provato di avere riscontrato il reclamo con comunicazione fax del 9.2.2012, che l'utente ha contestato di avere mai ricevuto. A dirimere il contrasto, è in atti la ricevuta di

ricezione del fax al numero di rete fissa indicato dallo stesso utente; la risposta, inoltre, per il suo tenore, appare adeguatamente motivata, laddove spiega all'utente che non si tratta di attivazione di servizi non richiesti ma di messaggi commerciali e promozionali gratuiti che non comportano oneri o costi a carico dell'utente, e fornendogli altresì tutte le indicazioni necessarie alla revoca del consenso in precedenza reso alla ricezione dei predetti messaggi.

La domanda di pagamento di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 23.1.2012 deve dunque essere rigettata.

3. 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"*.

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo ed equo compensare integralmente le spese della intera procedura.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dal sig. F. P. nei confronti dell'operatore H3G [REDACTED] sia da rigettare, come da motivazione;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo compensare integralmente le spese della 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

Il rigetto, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata da F. P. in data 19.07.2013.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. 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, 4 novembre 2014

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto