

**DELIBERA DL/058/15/CRL/UD del 30 marzo 2015**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**P. CARMENI/H3G xxx**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

Nella Riunione del 30 marzo 2015;

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 del 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 prot. n. Lazio/D/519/2012 dell’utente P. Carmeni presentata in data 22 agosto 2012 ;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.**

La sig.ra XXXX, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso, rappresentando quanto segue:

- 1) l'istante era titolare di una utenza telefonica n. XXXXX57827 attiva con H3G dal 19 marzo 2010 con piano tariffario 3 Power 10;
- 2) a fine dicembre 2011 o inizio gennaio 2012, H3g disattivava l'utenza, senza alcun preavviso e senza il meccanismo dell' "ultimo mese" in sola ricezione, e nonostante una ricarica a pagamento effettuata a giugno 2011 e la presenza di traffico uscente sms e voce a dicembre 2011;
- 3) i reclami dell'utente (a mezzo fax del 6-9 gennaio 2012 e 27-29 febbraio 2012) rimanevano privi di riscontro;
- 4) con l'istanza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente chiedeva pertanto: 1) l'immediata riattivazione dell'utenza; 2) un indennizzo di Euro 7,50 die per ciascuno dei tre servizi principali, per tutta la durata della illegittima disattivazione; 3) un indennizzo di Euro 300,00 nell'eventualità della perdita della numerazione; 4) la corresponsione illimitata ex art 2 comma II Allegato A Delibera 73/11/CONS degli importi indennizzatori giornalieri di Euro 6,00 die previsti contrattualmente dalla Carta Servizi H3G per la mancata risposta ai reclami a decorrere dal 24 febbraio 2012; 5) un rimborso di Euro 150,00 per le spese di procedura;
- 5) all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente chiedeva un indennizzo di Euro 2.000,00. L'operatore proponeva un indennizzo di Euro 300,00 come da Carta Servizi e la restituzione della numerazione al solo fine della portabilità. L'utente non accettava la proposta e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- 6) con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva: 1) la riattivazione dell'utenza con il profilo all'epoca presente e l'invio gratuito a domicilio della nuova usim; 2) indennizzo di Euro 22,50 al giorno a fronte di ognuno dei tre distinti servizi principali, voce, internet e messaggi preclusi a seguito della non preavvisata improvvisa e illegittima disattivazione dell'utenza, sino alla data di effettiva riattivazione; 3) indennizzo di Euro 100,00 all'anno, dal 2010, in caso di perdita della numerazione; 4) indennizzo per la mancata risposta ai reclami pari ad Euro 6,00 al giorno, a decorrere dal 24 febbraio 2012 sino alla data dell'udienza di conciliazione; 5) rimborso per le spese della procedura di Euro 300,00. Il tutto oltre interessi legali;
- 7) con memoria del 15 ottobre 2012, l'utente precisava: a) la presenza di ricarica a pagamento e di traffico uscente voce, messaggi e internet nei 12 o 13 mesi antecedenti la disattivazione; b) l'illegittimità della disattivazione, non preceduta da alcun sms, fax, e mail o telefonate, né dal meccanismo dell'ultimo mese; c) la titolarità della numerazione dal 2010; d) la mancata risposta ai reclami scritti; e) la presentazione dell'istanza per la riattivazione in via d'urgenza. Evidenziava la mancanza del rituale preteso recesso anticipato di H3G in ordine all'utenza disattivata;
- 8) con memoria del 17 ottobre 2012, H3G precisava che: 1) la disattivazione dell'utenza era stata legittimamente effettuata il 21 dicembre 2011, ai sensi dell'art. 5.4 delle CGC, essendo trascorsi cinque mesi dall'ultimo utilizzo del servizio a pagamento, più un ulteriore mese per la ricezione di servizi gratuiti; 2) l'utenza era rimasta attiva per 15 giorni successivi alla data di scadenza del sesto mese previsto dall'art. 5.4. delle CGC; 3) la ricarica effettuata nel mese di giugno 2011 era la sola ricarica effettuata, a riprova di un utilizzo pressochè nullo dell'utenza, né l'istante aveva prodotto il dettaglio del traffico del mese di dicembre 2011, ormai non più recuperabile; 4) la numerazione era stata recuperata in data 22 giugno 2012 ed

era stata offerta in restituzione all'utente all'udienza di conciliazione per il tempo necessario ad effettuare la mnp. L'utente non aveva accettato l'offerta, né l'indennizzo di Euro 300,00; 5) H3G aveva risposto ai reclami con l'invio di un sms in data 9 marzo 2012, ove per mero errore materiale è riportato un numero di utenza diverso da quello oggetto di contestazione. E in ogni caso non vi era prova alcuna dell'invio delle richieste; 6) il rimborso delle spese di procedura non era dovuto, considerata la condotta di controparte, caratterizzata da molteplici reclami ed istanze, reiterate a distanza di pochi giorni e sulle medesime numerazioni. Veniva richiesto pertanto, a titolo simbolico, un rimborso di Euro 100,00 per la gravosa partecipazione a tutte le procedure instaurate; 7) a titolo conciliativo, ribadendo di voler recedere dal contratto con l'utente, offriva la numerazione già recuperata, da ritirare presso un qualsiasi punto vendita H3G senza spese e la somma di Euro 300,00 di indennizzo;

- 9) con memoria di replica del 26 ottobre 2012, l'utente contestava le affermazioni dell'operatore in ordine al profilo dell'utente ed alla condotta procedurale ed eccepiva il mancato assolvimento degli oneri probatori gravanti sull'operatore. Contestava inoltre: a) la sussistenza di un preavviso scritto di disattivazione; b) l'applicazione del meccanismo dell'ultimo mese e la validità probatoria delle piattaforme o maschere di ricerca prodotte dall'operatore, di formazione unilaterale; c) la mancanza di ricariche a pagamento e di traffico uscente; d) la ricezione della risposta ai reclami tramite messaggio sul web, errato, ed espressamente risultato "non visionato dall'utente". Evidenziava poi l'impossibilità per l'utente di accedere all'area clienti e ai dettagli di traffico a seguito della disattivazione ed insisteva nelle domande di indennizzo, chiedendo, in via subordinata, la liquidazione di un indennizzo in via equitativa, ove venisse ritenuta insussistente la perdita della numerazione e, alla luce delle dichiarazioni di H3G, venisse disposta la restituzione del numero per il solo tempo necessario alla mnp; eccepiva l'inammissibilità e la pretestuosità della domanda di rimborso delle spese di procedura avanzata da H3G, chiedendo un rimborso di spese procedurali di Euro 500,00 o proporzionale all'attività difensiva svolta, resasi necessaria a seguito della memoria dell'operatore.

## **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.

### **2.b. Nel merito**

#### **2.b.1. Sulla disattivazione dell'utenza**

E' pacifica l'esistenza del contratto di utenza telefonica mobile prepagata tra la sig.ra XXXX e H3G, con numerazione XXXX57827, ed è altresì pacifica la disattivazione dell'utenza effettuata dall'operatore il 21 dicembre 2011.

Oggetto della controversia è la legittimità, o meno, della avvenuta disattivazione, operata da H3G, secondo quanto dalla stessa asserito, essendo trascorsi cinque mesi dall'ultimo utilizzo del servizio a pagamento, più un ulteriore mese per la ricezione di servizi gratuiti.

L'utente deduce l'illegittimità di tale disattivazione, contestando la ricezione di qualsivoglia tipo di preavviso e l'applicazione del meccanismo dell'ultimo mese.

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

Ciò premesso, per i servizi di comunicazioni mobili e personali di tipo pre-pagato, l'obbligo di preavviso della cessazione del numero in mancanza di rapporti commerciali per un periodo di almeno ventiquattro mesi è stato introdotto dalla Delibera 26/08/CIR (art. 8.7).

La successiva Delibera 74/10/CIR, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, all'art. 8.9, come successivamente confermato con Delibera n.52/12/CIR, ha stabilito che: *“Gli operatori che prevedono la sospensione del servizio entro tale periodo, comunque non prima dello scadere del dodicesimo mese dall'ultimo rapporto commerciale, informano il cliente della clausola in questione e consentono la riattivazione del servizio sulla medesima numerazione, mediante procedure semplici e senza alcun onere aggiuntivo per il cliente, entro quarantotto ore dalla richiesta salvo casi eccezionali, ferme restando, in ogni caso, le pertinenti disposizioni riguardanti il trattamento del credito residuo. Gli operatori informano l'utente, con almeno trenta giorni in anticipo, sia della eventuale sospensione del servizio che della cessazione del numero. Tali numerazioni possono essere utilizzate per altri utenti dopo il prescritto periodo di latenza”*.

Alla data in cui l'utente ha lamentato la disattivazione della SIM, dunque, vigeva a carico dell'operatore l'obbligo di preavviso sia della sospensione del servizio, sia della cessazione del numero, ad essa conseguenti.

Sul punto nulla è stato provato dall'operatore, il quale ha incentrato la sua difesa unicamente sull'altro presupposto della mancanza di operazioni di ricarica, e più precisamente della presenza di un solo evento di ricarica (giugno 2011), presupposto di per sé solo non sufficiente a legittimare la disattivazione dell'utenza.

Sull'applicabilità ai contratti già in essere della normativa introdotta dalla Delibera 26/08/CIR come modificata dalla Delibera 74/10/CIR si è già espressa AGCOM con la Delibera 416/13/CONS, cui si rimanda per tutte le condivise considerazioni.

L'inadempimento dell'operatore all'obbligo di preavviso previsto dalla Delibera 74/10/CIR è dunque motivo principale, ed assorbente di ogni altro, dell'illegittimità della condotta di H3G e comporta l'obbligo in capo all'operatore di indennizzare l'utente limitatamente al periodo intercorrente tra la data di sospensione (21 dicembre 2011) e il momento in cui l'utente avrebbe potuto ottenere la riattivazione dell'utenza se ne avesse fatto immediata richiesta (successive 48 ore).

Secondo i recenti orientamenti di AGCOM ( Determina 106/13/DIT), condivisi dall'Autorità adita, tale condotta comporta l'obbligo in capo all'operatore di indennizzare l'utente per il periodo intercorrente tra la data di sospensione e il momento in cui l'utente avrebbe potuto ottenere la riattivazione dell'utenza se ne avesse fatto immediata richiesta (successive 48 ore).

Pertanto, dalla responsabilità di H3G per la sospensione del servizio in assenza di previa tempestiva informazione, discende il diritto dell'utente ad un indennizzo, determinato ai sensi dell'articolo 4.1 del Regolamento, in Euro 7,50 die per la sospensione dell'utenza per complessivi Euro 15,00.

Non è al riguardo condivisibile la prospettazione offerta dall'utente di scissione delle funzionalità dell'utenza in servizi di fonia e dati, nonché in quella ulteriore di servizi principali e accessori, suscettibili come tali di autonomi indennizzi, in ragione della peculiarità tecnico-commerciale che distingue la telefonia mobile da quella fissa, laddove alle utenze mobili sono comunemente associate una serie di funzionalità già originariamente pertinenti al pacchetto di connessione in mobilità, con modalità di erogazione e fruizione delle stesse altrettanto unitarie ed inscindibili. Tale valutazione riguarda pertanto sia il servizio internet che, viepiù, quello di messaggistica, da considerarsi inscindibile dall'unitario servizio fonia/dati in mobilità.

Tuttavia, nella fattispecie, a seguito della richiesta dell'utente inviata via fax il 9 gennaio 2012, non risulta che H3G abbia provveduto alla riattivazione neppure in seguito, nonostante la reiterata richiesta del 29 febbraio 2012.

Sussiste pertanto anche la responsabilità dell'operatore per il ritardo nella riattivazione, con conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo.

Per quanto riguarda la durata del periodo indennizzabile, si prende a riferimento quale dies a quo l'11 gennaio 2012 e quale dies ad quem la data dell'istanza di definizione (22 agosto 2012), non potendosi ritenere equivalente alla riattivazione richiesta, l'offerta condizionata formulata dall'operatore all'udienza di conciliazione.

D'altro canto, non è accoglibile la domanda dell'utente di indennizzo fino all'effettiva riattivazione, essendo la scelta di sottoporre la controversia ad un terzo in sede di definizione amministrativa il momento in cui la risoluzione della questione transita dalla gestione delle parti a quella di un terzo. Pertanto il mancato adempimento spontaneo in pendenza di una procedura di definizione amministrativa non sarebbe ragionevolmente sanzionabile.

Spetta quindi all'utente un indennizzo per la ritardata/mancata riattivazione dell'utenza, e sospesa illegittimamente, per un periodo di 223 giorni, che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 3.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, si liquida in complessivi Euro 1.672,50.

Alla luce della dichiarata disponibilità della numerazione, H3G dovrà inoltre provvedere alla riattivazione dei servizi sulla medesima numerazione con il profilo all'epoca vigente, ove tecnicamente possibile, in ogni caso in esenzione spese e senza apposizione di clausole temporali risolutive del vincolo contrattuale, fermo restando il diritto dell'operatore di recedere dal contratto nelle forme e nei tempi contrattualmente previsti, attesa la volontà di recesso manifestata in udienza di conciliazione e nella memoria difensiva, ma non provata documentalmente, quale atto poi effettivamente compiuto.

### **2.b.2. Sulla perdita della numerazione**

L'utente chiede la liquidazione di un indennizzo per l'eventuale perdita della numerazione, da determinarsi ex art. 9 Delibera 73/11/CONS o, in subordine, in via equitativa, avendo H3G manifestato la disponibilità a restituire la numerazione solo per un tempo limitato.

L'operatore in effetti ha dichiarato, in udienza di conciliazione e nella memoria, di aver recuperato la numerazione e di essere disponibile a restituirla all'utente limitatamente al periodo di tempo necessario per effettuarne la portabilità ad altro operatore, volendo recedere dall'eventuale futuro contratto. Questa proposta condizionata non è stata accettata dall'utente.

Ciò premesso, considerato quanto già esposto nel precedente paragrafo, la domanda dell'utente viene rigettata, essendo già stata accolta l'alternativa istanza di riattivazione dei servizi sulla medesima numerazione senza limitazioni, alla luce della effettiva disponibilità della numerazione dichiarata dall'operatore nella memoria.

### **2.b.3. Sulla gestione dei reclami**

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami svolti via fax il 9 gennaio 2012 e il 29 febbraio 2012, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

L'operatore dichiara di aver risposto ai reclami dell'utente con un sms inviato il 9 marzo 2012, sia pure riferito per errore materiale ad una diversa numerazione ed eccepisce la mancanza di prova circa l'effettivo invio delle richieste.

Si premette innanzitutto che è in atti la prova dell'invio all'operatore dei due reclami, e che tali reclami, attenendo al medesimo disservizio, devono considerarsi in maniera unitaria.

Ciò premesso, la domanda dell'utente è fondata, non avendo H3G provato di aver adeguatamente riscontrato il reclamo del 9 gennaio 2012. Non può infatti prendersi in considerazione l'sms in atti, riferito ad altra numerazione, di cui l'utente contesta la ricezione e dalla schermata del quale la risposta risulta espressamente "non visionata dal cliente".

Rileva, allora, 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, come sopra ricordato, 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 al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, 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 e della Carta Servizi.

Deve pertanto riconoscersi all'istante un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, da computarsi, in forza dell'art. 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, secondo i parametri indennizzatori previsti dalla Carta Servizi H3G, vigente fino a marzo 2012.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 11.1 e 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS e dell'art. 24 della Carta Servizi H3G, considerato che il primo reclamo è stato svolto il 9 gennaio 2012, considerato il periodo di tempo previsto per la risposta (45 giorni) e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (21

giugno 2012), viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 300,00 ( sull'applicazione dei limiti indennitari cfr. Del. Agcom 276/13/CONS del 11.4.2013, Par.III.5.3, pag.16).

### **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, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 16 comma 2 bis della Delibera 173/07/CONS e successive modifiche, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 50,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

#### **IL CORECOM LAZIO**

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dalla sig.ra P. Carmeni nei confronti dell'operatore H3G sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 50,00, 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 dalla sig.ra P. Carmeni in data 22 agosto 2012.

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

- a) Euro 15,00,00 ( quindici/00) a titolo di indennizzo per la disattivazione non preavvisata dei servizi, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 1.672,50 (milleseicento settantadue/00) a titolo di indennizzo per la ritardata/mancata attivazione dei servizi, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;

- c) Euro 300,00 ( trecento/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- d) Euro 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

H3G dovrà inoltre provvedere alla riattivazione dei servizi sulla medesima numerazione con il profilo all'epoca vigente, ove tecnicamente possibile, comunque in esenzione spese.

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'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom Lazio.

Roma, il 30 marzo 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto