

DELIBERA DL/074/15/CRL/UD del 6 maggio 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

PAPANDREA F. / H3G xxx

(LAZIO/D/606/2013)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 6 maggio 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 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 dell’utente F. Papandrea presentata in data 2 ottobre 2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di H3G xxx (di seguito “H3G”) – l’inutilizzo del portatile e dei servizi Voce e Internet relativi al n. XXXXXXXX545, a causa del ritardo nella riparazione dell’apparecchio.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione , l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. Di avere riscontrato in data 18.11.2011 l'impossibilità di utilizzare il cellulare Samsung GT-19100 con utenza xxxxxxx545 e di essersi rivolto ad un centro di assistenza H3G affinché provvedesse alla riparazione .
- b. In data 29.11.2011 l'assistenza ha comunicato l'impossibilità di poter procedere alla riparazione del cellulare poiché ritenuta antieconomica, pertanto in data 19.01.2012 l'istante si recava presso la Sail Elettronica S.n.c. che provvedeva alla riparazione del cellulare riconsegnandolo in data 27.01.2012 , con un costo pari ad € 60,00;
- c. Il 21 maggio 2012 l'utente inviava lettera racc.ta A/R alla H3G con la quale contestava i fatti sopra narrati chiedendo opportuna spiegazione sulla mancata riparazione del cellulare.
- d. Con istanza di definizione della controversia del 2 ottobre 2013 chiedeva di vedersi riconoscere gli indennizzi relativi a : 1) ritardata riparazione/sostituzione del cellulare; 2) disservizio voce ed internet per oltre 2 mesi; 3) mancata risposta al reclamo; chiedeva inoltre il rimborso di €60,00 per la riparazione, oltre spese di procedura e risarcimento danni;
- e. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 10.07.2013, si concludeva con esito negativo;
- f. nelle memorie di replica depositate in data 14 novembre 2013 eccepiva l'inammissibilità e/o nullità della memoria difensiva della H3G per cause dovute ad inesistenza e/o carenza assoluta di procura, insistendo nell'accoglimento della propria domanda.

2. La posizione dell'operatore H3G.

La H3G ha eccepito, nella propria memoria difensiva, preliminarmente l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza di definizione, laddove l'istante riferisce le odierne contestazioni al terminale abbinato all'utenza n.xxxxxxx545; il terminale di cui si dibatte è il modello "*Samsung Galaxy S II (GT-I9100)*" avente codice IMEI 358537044304540 che, da contratto, risulta abbinato all'utenza n. xxxxxxx178, sempre intestata all'istante, ma non oggetto di contestazione, neppure in precedenti reclami o procedimenti di conciliazione.

Di contro, non risulta che il terminale abbinato all'utenza in oggetto emarginata (Codice IMEI 359174005182381) sia malfunzionante o presenti difetti.

Evidenziava l'inammissibilità e/o improcedibilità dell' istanza di definizione ex art. 14, comma I Delibera 173/07/CONS limitatamente alla domanda avversaria di "*risarcimento del danno*".

Nel merito, riferiva che le contestazioni sollevate dall'istante erano già state prese in esame dal Gestore sin da prima che avesse luogo il deposito dell'istanza di conciliazione, attraverso al comunicazione fax del 25.07.2012, con la quale l'operatore prendeva posizione in merito a quanto reclamato dall'utente specificando che la mancata riparazione in garanzia doveva considerarsi corretta, atteso che il malfunzionamento riscontrato, dovuto alla presenza di ossidazione nel predetto apparato, non costituiva vizio intrinseco del telefono, ma era dovuto a "cause esogene" non riconducibili all'operatore stesso.

Comunque l'operatore aveva erogato una ricarica non a scadenza di Euro 90,00 a copertura del "mancato utilizzo dei 30 euro di ricarica mensili relativi ai mesi di Novembre/Dicembre 2011"

3. Motivazione della decisione

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

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. E' dunque esclusa ogni pronuncia risarcitoria, per la quale sussiste giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario.

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

Viene altresì parzialmente accolta l'eccezione di improcedibilità dell'istanza, limitatamente alla domanda di indennizzo per mancata fruizione dei servizi sull'utenza dedotta nel procedimento, ovvero la n. xxxxxx545; infatti dalla documentazione contrattuale depositata dal gestore emerge che l'apparato (cod. IMEI n. 358537044304540) alla cui mancata riparazione viene ricondotto il disservizio, è abbinato contrattualmente ad altra utenza mobile, sempre intestata all'utente, ma per la quale nessun malfunzionamento è stato reclamato o dedotto con il contenzioso, venendo così a mancare ogni criterio di inerenza tra il lamentato inadempimento contrattuale e la prestazione oggetto del contratto medesimo.

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 nella presente controversia.

L'oggetto della controversia pertanto, per effetto dell'accoglimento delle su indicate eccezioni, è circoscritta alla legittimità della mancata riparazione da parte del centro assistenza TRE ed al conseguente esborso di Euro 60,00 a carico dell'utente presso altro punto assistenza. Nonché la mancata risposta al reclamo.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono-essere solo parzialmente accolte, come di seguito precisato.

3.1 Sulla mancata/ritardata riparazione del cellulare

Da un'analisi della documentazione depositata dalle parti emerge che l'utente a causa della sua impossibilità ad utilizzare il cellulare Samsung Galaxy S II (GT-I9100), in data 18.11.2011, si recava presso un centro assistenza H3G affinché provvedesse alla riparazione.

L'Assistenza H3G comunicava in data 29.11.2011 l'impossibilità di effettuare la riparazione ed in data 14.12.2011 riconsegnava il predetto apparato all'istante con causale : "Reso non riparato causa ossido".

Tale circostanza veniva evidenziata anche all'interno della scheda di lavoro del 19.01.2012 della società Sail Elettronica S.n.c alla quale si era rivolto l'utente successivamente, la quale ultima nello spazio riservato ai difetti dichiarati, riportava: "caduto in acqua non si accende".

Indipendentemente da tutto l'utente procedeva alla riparazione del cellulare pagando la somma di €60,00 come da fattura in atti.

Appare dimostrato dunque, anche solo dalla scheda di lavoro depositata dall'utente stesso, nonché dal "Modulo riconsegna terminale" reso dal centro autorizzato TRE, e poi confermato dall'operatore in risposta al reclamo avanzato dall'istante, che la mancata riparazione in garanzia dell'apparato debba considerarsi legittima, atteso che il malfunzionamento riscontrato era dovuto alla presenza di ossidazione all'interno dell'apparato, e non da vizi intrinseci di conformità.

La causa imputabile ad uso improprio dell'utente infatti, risulta compatibile con quanto dichiarato dalla Sail Elettronica, la quale, in esito alla riparazione, riporta tra i difetti dichiarati che il terminale "caduto in acqua non si accende". Né appare suffragata da alcun documento tecnico, la causa di riparazione "antieconomica" riferita dall'utente.

Appare importante evidenziare che la garanzia disciplinata dagli artt. 128 comma 2 lettera d) del Codice del Consumo si estende esclusivamente ai difetti di conformità del bene di consumo, non anche a quelli cagionati dall'improprio utilizzo che il consumatore ne faccia e, dalla documentazione in atti compresa quella dell'istante, emerge palesemente un uso improprio del cellulare non ascrivibile all'operatore telefonico.

Quanto al profilo di violazione avanzato dall'utente solo con la replica, ovvero che le condizioni generali di contratto prevedessero comunque e in ogni caso la riparazione, con addebito di costi all'utente in caso di causa tecnica riferibile a fattori esterni, la previsione non è verificabile non avendo l'utente assolto l'unico onere probatorio sulle stesso incombente, ovvero quello della fonte negoziale della propria pretesa: nel caso di specie, le condizioni contrattuali invocate.

Peraltro l'ultimo profilo di inadempimento ipotizzato, contraddice la domanda di rimborso del corrispettivo pagato per la riparazione di Euro 60,00 avanzata in prima istanza; analoga contraddizione si rinviene per la lamentata privazione del servizio tra la prima richiesta di assistenza- rifiutata- e la seconda, considerato che tra l'esito del primo intervento e la successiva richiesta è intercorso più di un mese.

Risulta pertanto dimostrato documentalmente che, sotto i richiamati profili, il disagio lamentato non è riconducibile alla condotta dell'operatore.

3.2 Sui reclami

Quanto alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami dell'utente, rileva 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.

L'utente ha avanzato reclamo con raccomandata del 21 maggio 2012 ricevuta dall'operatore in data 28.05.2012, : l'operatore riscontrava via fax – report depositato in atti – in data 25.7.2012 , dunque con 13 giorni di ritardo rispetto al termine massimo regolamentare di cui sopra e del medesimo termine previsto dalla carta Servizi del gestore.

Ai sensi pertanto dell'art.11.1 dell'Allegato A Delibera n. 73/11/CONS, spetta all'utente un indennizzo di Euro 13,00 per il ritardo nella risposta al reclamo.

3.3 Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo compensare tra le parti le spese di procedura, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007 , tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, dalle difese svolte e della soccombenza.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

Articolo 1

1. Accoglie parzialmente l'istanza presentata dal Sig. F. Papandrea nei confronti di H3G Spa. Rigetta ogni altra domanda.
2. La società H3g xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, l'importo di Euro 13,00 (tredici/00) a titolo di indennizzo ex art. 11 allegato A alla delibera 73/11/CONS per la tardata risposta al reclamo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.
3. Compensa tra le parti le spese della presente procedura
4. La società H3g xxx è tenuta altresì a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.
6. E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, il 6 maggio 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto