

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

G. BRESSI / H3G XXX

(LAZIO/D/113/2015)

Registro Corecom n. 20/2016

IL DIRIGENTE

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 Lazio 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 G. Bressi 113/2015 del 12 febbraio 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

Il Signor G. Bressi ha introdotto la presente controversia in relazione al contratto per servizi di telefonia mobile 346****45, attivata il 29/12/2012, lamentando l’attivazione di servizi non richiesti, l’indebita fatturazione, la disattivazione di servizio non richiesta, l’interruzione non preavvisata dei servizi e la mancata risposta ai reclami.

Nell’istanza di definizione e nella memoria difensiva, l’istante ha lamentato quanto segue.

- i. in data 28 luglio 2014 inviava un reclamo scritto, ricevuto dal gestore in data 1 agosto 2014, per contestare la disattivazione non richiesta del servizio di trasferimento di chiamata, nonché l’addebito di Euro 14,04 + Iva per “*contenuti sotto copertura tre*”, “*pagine portale tre*” e “*internet sotto rete tre*”, mai richiesti e neppure volontariamente attivati;
- ii. in data 4 agosto 2014 e 18 agosto 2014 reiterava il reclamo;

- iii. in data 29 agosto 2014 inviava un reclamo scritto, ricevuto dal gestore il 1 settembre 2014, per contestare l'addebito operato in fattura dell'importo di € 4,10 + Iva, per abbonamento al servizio "game and game" attivato, a propria insaputa, il 3 agosto 2014 alle ore 22,35 ed immediatamente disattivato lo stesso giorno alle ore 22,40; nello stesso reclamo, richiedeva il rimborso delle somme contestate e già pagate, preavvertendo che, in caso di reiterati addebiti al medesimo titolo, il contratto si sarebbe dovuto intendere risolto;
- iv. in data 26 settembre 2014, inviava ulteriore reclamo, ricevuto dal gestore in data 1 ottobre 2014, per contestare l'inoltro di pubblicità da parte dei partners commerciali del gestore, in assenza di esplicito consenso che, ad ogni modo, veniva comunque espressamente negato; nessuno di questi reclami veniva riscontrato dall'operatore.
- v. in data 30 settembre 2014 lo smartphone acquistato con il contratto si rompeva e la relativa SIM veniva provvisoriamente inserita in un altro terminale;
- vi. H3G non era in grado di fornire i servizi su detto terminale ma ne assicurava il funzionamento mediante roaming con altro operatore;
- vii. il gestore tuttavia preavvisava, via sms, che avrebbe provveduto a sospendere il servizio entro i successivi 5 giorni;
- viii. in data 7 ottobre 2014 venivano sospesi i servizi sull'utenza;
- ix. nonostante 4 lettere di diffida e preavviso di cambio del cambio di operatore, la linea rimaneva disattivata; anche a tutti questi reclami il gestore non forniva alcuna risposta;
- x. in data 10 ottobre 2014 il contratto veniva interrotto e veniva chiesta ed ottenuta la migrazione ad altro gestore.

Alla luce di tali premesse e delle precisazioni fornite con la memoria autorizzata, l'utente chiede:

- a. dichiararsi la risoluzione del contratto di adesione ai servizi telefonici H3G e di compravendita dello smartphone a causa del grave inadempimento del gestore;
- b. il rimborso della somma complessiva di € 22,71 oltre Iva, addebitata per "contenuti sotto copertura tre", "pagine portale tre" e "internet sotto rete tre", nonché della somma di 4,10 + Iva addebitata per abbonamento al servizio "game and game", di cui ai citati reclami;
- c. l'indennizzo di € 700,00 per la mancata risposta ai reclami;
- d. l'indennizzo di € 300,00 per la disattivazione non richiesta del servizio di trasferimento di chiamata;
- e. l'indennizzo di € 200,00 per l'attivazione di servizi non richiesti per "contenuti sotto copertura tre", "pagine portale tre" e "internet sotto rete tre";
- f. l'indennizzo di € 200,00 per l'attivazione di servizi non richiesti per abbonamento al servizio "game and game";
- g. l'indennizzo di € 1.500,00 per la immotivata disattivazione dell'utenza;
- h. l'indennizzo di € 200,00 per spese di procedura.

L'utente dichiara inoltre di avere ricevuto un assegno di € 60,00 dall'operatore che è stato prontamente restituito allo stesso in quanto non motivato rispetto al titolo di emissione.

2. La posizione dell'operatore.

H3G ha dedotto in via preliminare quanto segue.

- i. l'utenza 346*****45 risulta disattivata in data 15 ottobre 2014 per passaggio ad altro operatore, con vincolo contrattuale di 30 mesi non ancora concluso;
- ii. eccepisce l'improcedibilità dell'istanza per la violazione dell'Art. 15 del Regolamento. Dichiaro, infatti, di non avere ricevuto la nota di avvio del procedimento e chiedo, in subordine, di essere rimesso in termini per l'integrazione delle memorie.
- iii. eccepisce, inoltre, l'improcedibilità dell'istanza per aver già provveduto, in ottemperanza a quanto proposto in sede di conciliazione, ad erogare in favore dell'istante la somma di € 60,00 a titolo di indennizzo così come previsto dalla propria Carta dei Servizi;
- iv. l'Istanza deve pertanto essere dichiarata improcedibile, ex art. 2.1 Delibera 73/11/CONS, in quanto afferente una *causa petendi* per la quale l'operatore ha già corrisposto i relativi indennizzi.

Nel merito, ha così argomentato:

- Sulla domanda di indennizzo e rimborso per attivazione di servizi non richiesti:

- i. il gestore ritiene infondate le lamentele dell'istante in quanto le procedure di controllo adottate sulla piattaforma tecnologica HUB sono state appositamente studiate per evitare attivazioni "casuali", pertanto tutte le attivazioni si devono considerare "volontarie";
- ii. in ogni caso, il cliente può, in ogni momento, chiederne la disattivazione;
- iii. ritiene, pertanto, impossibile l'attivazione non consapevole dei vari servizi addebitati;
- iv. evidenzia come l'utente fosse tenuto ad osservare gli obblighi di utilizzo descritti nelle CGC, in particolar modo l'obbligo di diligenza e riservatezza e l'assunzione di responsabilità, ai sensi dell'art. 17 delle medesime, in merito "*all'attivazione di servizi mediante utilizzo dei codici PIN e PUK, di eventuali password e degli archivi elettronici di cui al precedente art. 11*";

- Sulla domanda di indennizzo per disattivazione di servizi non richiesta:

- i. il gestore ritiene di non avere alcuna responsabilità in merito alla disattivazione del trasferimento di chiamata, che può essere attivato e disattivato autonomamente dall'utente;
- ii. il servizio, inoltre, ha natura accessoria e la relativa sospensione non ha avuto alcuna ripercussione sull'erogazione del servizio principale.

- Sulla domanda di indennizzo per disattivazione dell'utenza:

- i. il gestore dichiara di non avere sospeso, né disattivato l'utenza;
- ii. che la SIM è stata inserita in un terminale non compatibile;
- iii. che in base a quanto disposto dall'art. 7.1 *quinquies* delle CGC, il servizio non poteva essere erogato in tali condizioni;
- iv. che l'utente è stato debitamente informato del fatto ma ha autonomamente deciso di interrompere il contratto e passare ad altro operatore.

- Sulla domanda di risoluzione del contratto di adesione ai servizi telefonici con H3G e di compravendita dello smartphone per grave inadempimento del gestore

- i. l'anticipata disattivazione del contratto ha comportato l'emissione delle fatture relative alle somme dovute per recesso anticipato e per le rate residue non ancora corrisposte per l'acquisto del telefono;
- ii. tali addebiti sono previsti dall'art. 21, c. 2, delle CGC e dall'art. 11, c. 2, del Regolamento di Servizio Vendita a Rate;

iii. tali addebiti non sono soggetti all'applicazione della "Legge Bersani", come riconosciuto anche da copiosa giurisprudenza.

H3G, pertanto, propone di comporre la vertenza con lo storno di € 159,53 sull'attuale insoluto di € 459,53; in difetto di accettazione della proposta, conclude per il rigetto dell'istanza di definizione.

3. La replica dell'istante.

Con memoria di replica l'istante ha precisato quanto segue.

1) In merito alle eccezioni di improcedibilità dedotte dall'operatore, eccepisce di avere provveduto personalmente a comunicare la pendenza del procedimento di definizione al gestore e di avere rispedito allo stesso anche l'assegno di € 60,00, per l'indennizzo già rifiutato in sede di conciliazione.

Ribadisce inoltre che, essendosi concluso il procedimento di conciliazione con esito negativo, il successivo procedimento di definizione si deve considerare del tutto legittimamente intrapreso.

Deduce, infine, che anche l'esiguità dell'importo proposto deve far propendere per l'inconsistenza dell'eccezione avversaria.

2) In merito all'illegittima fatturazione delle voci "*contenuti sotto copertura tre*", "*pagine portale tre*", "*internet sotto rete tre*" e "*game and game*" sottolinea che, per le medesime carenze informative delle fatture emesse, la società H3G è stata già sanzionata per € 116.000,00 con la Delibera 184/14/CONS.

Inoltre, per costante giurisprudenza di questo Corecom, tale condotta risulta costantemente sanzionata (Delibere 92/13/CRL, 91/13/CRL, 87/13/CRL).

3) Sulla sospensione del servizio di trasferimento di chiamata, osserva che la sospensione è stata palesemente ammessa dall'operatore che la considera irrilevante.

Al riguardo, l'istante ribadisce che la sospensione non è stata preceduta dal necessario preavviso ed è pertanto illegittima e che il relativo reclamo non è mai stato lavorato.

Sul mancato pagamento delle fatture insolute, l'istante afferma che l'utenza è stata sospesa dal gestore nonostante il reinserimento della SIM nel terminale riparato e nonostante i 4 reclami inviati in rapida successione.

Sarebbe spettato all'operatore, infatti, l'onere di provare di avere agito correttamente, mentre nessuna prova in tal senso è stata prodotta.

Contesta inoltre l'assunto del gestore, secondo il quale il cliente avrebbe dovuto continuare a corrispondere il canone mensile pur in presenza di una SIM bloccata.

Tale comportamento configura il grave inadempimento che ha giustificato il recesso unilaterale dal contratto operato dall'istante.

Per tali motivi, l'istante chiede di aumentare l'indennizzo per la refusione delle spese di procedura ad € 300,00.

4. 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.

Preliminarmente si rigetta perché pretestuosa, oltreché infondata, l'eccezione di improcedibilità dell'istanza per violazione dell'art.15 (avvio del procedimento) .

Premesso che la comunicazione di avvio del procedimento è stata regolarmente notificata completa dei relativi allegati (istanza di controparte), mediante pec all'indirizzo fornito dal gestore (prova della consegna in atti), attese le contestazioni mosse, non è stato agevole, *prima facie*, neanche comprendere l'irregolarità eccepita: qualora si trattasse del refuso –presente unicamente nel corpo del testo e non negli altri riferimenti della lettera che sono corretti-consistente nell'errata indicazione del nominativo dell'istante e non anche del numero di registro che identifica univocamente la controversia, duole prendere atto della strumentalità del rilievo.

Ferma restando infatti la correttezza di tutti i rituali riferimenti alla controversia (numerici, nominali, temporali) e dei recapiti delle parti presenti sulla comunicazione contestata, non si comprende quale incertezza sul termine di deposito delle difese si sia verificato e quale compromissione del diritto di difesa venga lamentato, dal momento che il deposito del gestore è avvenuto tempestivamente (ore 13.52 dell'ultimo giorno utile) e completo nelle argomentazioni rispetto ai punti di doglianza presenti nell'istanza, regolarmente ricevuta dal gestore. La contestazione poi sulla mancata comunicazione del responsabile del procedimento è oltremodo incomprensibile stante la consueta indicazione in calce alla nota stessa, dei nominativi dei responsabili del procedimento e dell'istruttoria.

Ad ogni buon conto l'eccezione è superata, in via sostanziale, dalla fruizione legittima del consueto termine di deposito e dalla constatata pienezza delle argomentazioni difensive rispetto alle domande proposte.

Ferma la regolare comunicazione di avvio del procedimento, pare utile anche richiamare noti principi, sanciti normativamente, di economicità, efficienza, imparzialità del procedimento amministrativo che precludono simili interventi dilatori e ostruzionistici dell'azione amministrativa. (es. divieto di aggravamento ex art.1.2 legge 241/90 e s.m.) senza contare che è lo stesso legislatore a stigmatizzarli, all'art. 21-octies della legge 241/90 (Annullabilità del provvedimento) quando afferma: *“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Ad abundantiam, si evidenzia che il gestore ha ritualmente ricevuto anche tutte le produzioni avversarie.

Diversamente, l'eccezione di inammissibilità dell'istanza ex art.2.1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, è accoglibile in parte.

Nonostante il gestore abbia tenuto una condotta conforme alla disposizione citata, verbalizzando la volontà di corrispondere gli indennizzi contrattuali all'udienza per l'esperimento del tentativo di

conciliazione e poi corrispondendo effettivamente l'importo all'utente prima dell'instaurazione della controversia, tuttavia l'indennizzo de quo non appare conforme al petitum della controversia che si articola in diverse fattispecie indennizzatorie e non si limita alla sola mancata risposta al reclamo (ed anche in tale caso si tratterebbe di più reclami attinenti ad oggetti distinti per i quali non è applicabile l'invocato art.11, comma 2 allegato A alla delibera n.73/11/CONS). Pertanto, indipendentemente dall'accettazione o meno da parte dell'utente dell'assegno recapitato, la somma di Euro 60,00, corrisposta secondo il massimale previsto dalla Carta dei Servizi H3g, resta congrua quale ristoro contrattualmente previsto per un solo reclamo, ragionevolmente individuato in quello principale (disattivazione non richiesta e indebita fatturazione) e non per gli altri successivi, o per le altre domande che saranno valutate autonomamente.

Tutte le eccezioni svolte dall'utente sul punto, non sono pertinenti rispetto alla *ratio* e alla procedura stabilita dall'art.2 , comma 1 citato, che consente appunto al gestore l'esercizio di tale facoltà proprio al verificarsi del mancato accordo, al fine di scongiurare accessi strumentali al procedimento definitorio al solo fine di spuntare indennizzi maggiori di quelli stabiliti contrattualmente. Per analoghe ragioni è da respingere l'eccezione dell'utente in merito alla restituzione dell'assegno per non aver compreso a cosa si riferisse, in quanto la misura era tesa a soddisfare i requisiti regolamentari per l'improcedibilità della domanda in definizione, e la stessa era stata formalizzata al verbale del 21.1.2014, documento in possesso dell'utente.

4.1 Sui servizi non richiesti e l'indebita fatturazione

La domanda del Signor Bressi è parzialmente fondata per le motivazioni che seguono.

Dalle fatture depositate dall'utente, si evincono diverse voci computate nel traffico extra soglia

Quanto alle voci: Contenuti Portale 3 , Pagine Portale 3, SMS- ricevuta di ritorno, trattandosi di servizi aggiuntivi, si ritiene che vi sia stata violazione, da parte di H3G, delle norme dettate dall'Autorità in materia di attivazioni di servizi a pagamento non richiesti e, in particolare, dell'art. 3 della delibera 664/06/CONS che testualmente prevede che *“Ai sensi dell'art. 57 del Codice del consumo, è vietata la fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica, anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione, in mancanza della loro previa ordinazione da parte dell'utente”*.

Il gestore telefonico, per adempiere formalmente e sostanzialmente al dettato dell'articolo 3 Delibera 664/06/CONS, avrebbe dovuto procedere alla preventiva verifica della volontà inequivoca del cliente prima dell'attivazione di qualsiasi servizio a pagamento.

H3G, che ha descritto la procedura di attivazione dei servizi a sovrapprezzo scaricabili da *“Pagine Portale 3”*, *“Contenuti Portale 3”*, soffermandosi sui particolari accorgimenti posti in essere a tutela dell'utenza e volti ad evitare attivazioni involontarie ed inconsapevoli, non ha minimamente fornito la prova che gli addebiti in fattura siano riferibili ad attivazioni volontarie e consapevoli dell'utente, né le fatture indicano, nel dettaglio, a quali servizi si riferiscano gli addebiti relativi a *“Pagine Portale 3”* e *“Contenuti Portale 3”* contestati dall'utente e che H3G aveva quantomeno l'onere di indicare. Analogamente valga per il servizio SMS-ricevuta di ritorno.

Limitandosi a sostenere che le procedure di controllo utilizzate renderebbero *“impossibili”* le attivazioni non volontarie, l'operatore non ha portato alcuna evidenza probatoria di quali siano state, nel caso di specie sottoposto all'esame, le azioni riconducibili ad una espressa e

consapevole volontà di attivazione dell'utente. Il richiamo ad una delibera del Corecom Toscana, a ben vedere, è improprio in quanto detto provvedimento non basa il proprio convincimento favorevole all'operatore, valutando astrattamente la bontà delle procedure così come da questo dichiarate ma, al contrario, sulla base di documenti riferibili inequivocabilmente alla condotta dell'utente, ha verificato la volontarietà della stessa. Nulla di tutto ciò si riscontra nel caso di specie, nel quale il gestore non è stato in grado di fornire alcuna evidenza relativa alle azioni che il cliente avrebbe compiuto per confermare l'attivazione volontaria o almeno consapevole, dei servizi.

Deve pertanto riconoscersi all'utente il diritto al rimborso di quanto addebitato e pagato a tale titolo, a valere sulle fatture in atti (nn. 1333123886 del 8.2.2013; 13335294797 del 8.4.2013; 133377537499 del 8.6.2013; 13399807368 del 8.8.2013; 1344360406 del 8.12.2013; 1435367317 del 8.4.2014; 1437655744 del 8.6.2014; 1442132296 del 8.10.14); per complessivi € 22,25 i.e.

Dal computo sono escluse altre voci extra-soglia per le quali nulla è dovuto all'utente (traffico dati "sotto altri operatori" fatturato da H3G, chiamate internazionali, traffico UE), in quanto si tratta di voci originariamente non comprese nel bundle predefinito dal piano tariffario in vigore e pertanto contabilizzate a consumo; per il traffico dati poi, si applica il limite massimo di addebito di cui all'art. 2, comma 6 Delibera 326/10/CONS, pari ad € 50,00 per utenze residenziali che, nel caso di specie, non è stato superato; né risulta che l'utente abbia richiesto di fissare un diverso limite quale soglia di blocco del traffico prodotto dalla propria SIM.

Diversamente deve invece stabilirsi per le voci "Chiamate nazionali" "SMS/MMS", delle quali va disposto il rimborso in quanto non risulta sia stato fornito dal gestore il preavviso in prossimità dell'esaurimento della soglia prestabilita, secondo quanto prescritto dall'art.3, comma 6 della Del.126/07/CONS. ; per l'importo di € 63,26

Totale a rimborso: € 85,50.

Dagli atti del presente procedimento risulta che l'istante abbia provveduto a contestare la debenza di tali somme solo a far data dal 28.7.2014, in occasione della disattivazione del trasferimento di chiamata, presumendosi ragionevolmente che fino ad allora, il disservizio in parola non sia stato avvertito o ritenuto rilevante.

Fermo pertanto il diritto alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate, non essendo state depositate o richiamate fatture successive contenenti ulteriori addebiti dopo quella del 8.10.2014, non è possibile verificare l'eventuale perduranza della pratica illegittima; né, d'altro canto, il gestore avrebbe potuto intervenire per cessare le attivazioni non richieste prima del 1.8.2014, data di ricezione della prima contestazione in tal senso. Nessun indennizzo quindi può essere liquidato a titolo di attivazione di servizi (accessori) non richiesti.

4.2 Sulla disattivazione del trasferimento di chiamata

La domanda dell'utente è fondata.

Premesso che si ritiene valido l'argomento portato dal gestore circa la gestione in autonomia da parte di tutti gli utenti del servizio – accessorio - di trasferimento di chiamata (come di altri simili) mediante screen shot delle "stringhe servizi" disponibili sul sito alla sezione Assistenza, che recano i codici di attivazione/disattivazione/controllo utilizzabili con tastiera del telefono, non può

non rilevarsi tuttavia come il reclamo del 29.7.2014 col quale si chiedevano i motivi della disattivazione e si chiedeva la riattivazione del servizio, non sia stato riscontrato nemmeno sotto forma di assistenza minima, via call center, per le istruzioni elementari del caso; circostanza che avrebbe evitato ogni disagio. Inoltre la facoltà di gestione in autonomia data ai clienti, non esclude la possibilità di intervento in remoto qualora se ne presentasse la necessità.

Si ritiene perciò equo riconoscere all'utente l'indennizzo per mancata ri-attivazione (a seguito di richiesta espressa) del servizio accessorio, gratuito, del trasferimento di chiamata, ai sensi dell'art.3.4 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS dal 1.8.2014 al 15.10.2014, data di passaggio ad altro operatore, per € 75,00.

4.3 Sulla disattivazione della sim e sul recesso

L'utente deduce che il 30 di settembre il terminale si rompeva per una caduta accidentale e pertanto si vedeva costretto ad inserire la usim in un altro terminale in suo possesso (non UMTS), senza tuttavia avere il servizio per incompatibilità della sim con il nuovo apparato. Riceveva nel frattempo un sms del gestore che senza alcuna spiegazione preannunciava la sospensione del servizio.

Il gestore si difende richiamando le condizioni contrattuali che esplicitano le condizioni tecniche per la fruizione del servizio di Tre, in assenza delle quali (tecnologia presente sull'apparato) non è possibile garantire il servizio e che pertanto l'assenza del servizio non era dovuta a sospensione.

Replica l'utente, a smentita di quanto opposto, che il servizio veniva disattivato ugualmente nonostante avesse provveduto a reinsertire la usim nel terminale Tre, nel frattempo riparato.

La domanda dell'utente non è accoglibile.

I documenti depositati descrivono circostanze parzialmente difformi da quelle riferite: il testo dell'SMS inviato dall'operatore il 29.9.2014, evidentemente dopo l'inserimento della usim Tre in un telefono diverso da quello oggetto del contratto, così recita: *"Telefono non compatibile con standard UMTS. Evita il blocco USIM, utilizza telefono 3G entro 5gg. Per info accedi <http://.....>"*

Tale avviso è conseguente a quanto già previsto dalle c.g.c di H3g, - che con la sottoscrizione del contratto l'utente ha dichiarato di conoscere- all'art.7.1 quater e quinquies : *"Fermo restando quanto indicato ai precedenti commi 7.1 bis e 7.1 ter del presente articolo, i Servizi UMTS sono pienamente fruibili nelle aree coperte direttamente dalla rete UMTS di "3" e, limitatamente ad alcuni Servizi UMTS, anche in Roaming. ... la SIM non è abilitata al funzionamento con apparecchiature telefoniche omologate e compatibili esclusivamente con gli standard tecnici GSM e/o GPRS."*

Il vincolo tecnico è spiegato ancor più chiaramente nella carta del Cliente –"Codice di Condotta e Carta della Clientela H3G" all'art.1 : *"È da sottolineare che i Servizi sono disponibili sia nelle aree servite direttamente dalla rete di telecomunicazione di 3 che in quelle nelle quali viene adottato il roaming con la rete di altri operatori. In entrambi i casi né è assicurato il funzionamento solo attraverso Terminali 3 "dual mode", che funzionano, cioè, sia con la tecnologia UMTS che con quella GSM, ed in combinazione con una SIM 3. Con terminali che funzionano unicamente con la tecnologia GSM o UMTS i Servizi non possono essere assicurati."*

Non è provata la circostanza, resa nota dall'utente per la prima volta solo con le repliche, che il blocco della usim sia stato disposto nonostante avesse seguito le istruzioni del messaggio reinserendo la usim nel telefono originario: a smentire tale evenienza è lo stesso contenuto delle diffide inoltrate al gestore per la riattivazione del servizio, con le quali, fino a tutto il 10 ottobre, viene richiesta la riattivazione del servizio sul cellulare in uso pena, la richiesta di passaggio ad altro operatore.

Migrazione poi effettivamente richiesta ed effettuata il 15.10.2014.

Nessun inadempimento pertanto, è imputabile al gestore in conseguenza dell'inosservanza delle specifiche tecniche necessarie per l'erogazione del servizio, così come espresse nelle condizioni generali di contratto e regolarmente pubblicizzate mediante Carta dei Servizi.

Nessuna risoluzione del contratto per inadempimento del gestore può essere dunque invocata e sono pertanto da rigettare le domande volte all'annullamento della fatturazione emessa per il recupero delle somme da recesso anticipato e per i ratei residui del terminale, questi ultimi peraltro dovuti in ogni caso, in quanto afferenti ad un contratto per la compravendita del bene rimasto in possesso dell'utente.

4.4 Sulla mancata risposta ai reclami

La domanda dell'Istante è fondata.

A tale riguardo rileva il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera) secondo la quale 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.

Nel caso di specie, non risulta in atti che l'operatore abbia fornito alcuna risposta ai reclami dell'utente.

Per la determinazione dell'indennizzo, si valutano i reclami attinenti a tre distinti oggetti ai sensi degli Artt. 2 e 11.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi:

- il 1 agosto 2014 il gestore riceveva il reclamo scritto inviato dall'utente per contestare due degli inadempimenti riscontrati, ossia la disattivazione non richiesta del servizio di trasferimento di chiamata, nonché l'addebito di Euro 14,04 + Iva per "*contenuti sotto copertura tre*", "*pagine portale tre*" e "*internet sotto rete tre*"; detto reclamo, come già anticipato in tema di rito, risulta indennizzato dal gestore ai sensi del comma 1 dell'art.2 Allegato A alla Delibera Indennizzi con la somma di € 60,00 ex art.24 della Carta Servizi e pertanto i parametri regolamentari non sono ad esso applicabili. Sarà cura del gestore emettere un nuovo ordine/titolo di pagamento in favore dell'utente.

- il 1 settembre 2014 il gestore riceveva il reclamo scritto inviato per contestare l'addebito in fattura dell'importo di € 4,10 + Iva, per abbonamento al servizio "game and game" attivato, a propria insaputa, il 3 agosto 2014 alle ore 22,35 ed immediatamente disattivato lo stesso giorno alle ore 22,40;

- in data 1 ottobre 2014 il gestore riceveva il reclamo scritto inviato per contestare l'inoltro di pubblicità da parte dei partners commerciali del gestore, in assenza di esplicito consenso che ad ogni modo veniva esplicitamente negato.

Detratto pertanto il tempo utile alla risposta (45 giorni) e calcolato il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (21 gennaio 2015), vengono riconosciuti i seguenti indennizzi: € 60,00, (reclamo 1.8.2014); € 97,00 (reclamo del 1.9.2014); € 67,00 (reclamo 1.10.2014); così, per un totale di € 224,00.

Nulla è dovuto per i reclami contenenti diffida alla riattivazione del servizio (a decorrere dal primo del 7.10.2014) in quanto l'utente è receduto dal contratto per effetto del passaggio ad altro operatore ancora pendente il termine utile alla risposta, dimostrando perciò di non avere più interesse all'ottenimento di quanto richiesto.

5. Sulle spese di procedura

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) considerate le difese svolte e la modesta entità della controversia.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del Signor G. Bressi nei confronti della società H3G XXX nei termini di cui in motivazione:

2. La società H3G è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) quale rimborso delle spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza o del pagamento:

- € 85,50 (ottantacinque/50) a titolo di rimborso per le somme indebitamente fatturate, oltre interessi legali decorrenti dalla data del pagamento;
- € 75,00(settantacinque/00), a titolo di indennizzo per la disattivazione del servizio accessorio (trasferimento di chiamata) ex art.3.4 della Delibera Indennizzi;
- € 224,00 (duecento ventiquattro/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami.

3. La società H3G XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, lì 15/04/2016

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto