

ATTI 1.21.1 2010/557

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 59

del 16 dicembre 2011

Sono presenti i componenti del Comitato:

MINOLI ROTA	Fabio	Presidente
CAVALLIN	Mario	Vice Presidente
CIPRIANO	Marco Luigi	Vice Presidente
BORELLA	Diego	
GUSSONI	Maurizio	
VOLPE	Marcella	
ZANELLA	Federica	

Oggetto: Definizione della controversia XXX/H3G.

La struttura proponente:

Il Dirigente Ufficio per il Corecom

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’art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

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*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, e in particolare l’art. 84;

VISTA la legge della Regione Lombardia 28 ottobre 2003, n. 20, “*Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*”;

VISTA la deliberazione di Comitato n. 5 del 28 ottobre 2004 “*Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*”;

VISTA la deliberazione n. 173/07/CONS, recante il “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*” (d’ora in avanti *Regolamento*);

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 della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A “*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*”;

VISTA l’istanza presentata in data 15 luglio 2010 (nostro prot. del 21 luglio 2010, n. 13607/2010), con cui il sig. XXX ha chiesto l’intervento del Co.Re.Com. della Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società H3G XXX. (d’ora in avanti, H3G), ai sensi degli artt. 14 e ss. del *Regolamento*;

VISTE la nota del 31 agosto 2010 (prot. 14419/2010), con la quale il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del *Regolamento*, l’avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e le invitate a presentarsi all’udienza fissata in data 27 settembre 2010;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 27 settembre 2010;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

VISTA la proposta di decisione del Dirigente dell’Ufficio ai sensi dell’art. 19 del *Regolamento*;

UDITA l’illustrazione del Presidente Fabio Minoli nella seduta del 16 dicembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia

Il sig. XXX, titolare dell'utenza mobile H3G n. XXX, nella propria istanza del 15 luglio 2010 rappresenta quanto segue:

- nel settembre 2007 H3G cambia unilateralmente il piano tariffario dell'utente dandone comunicazione mediante sms;
- a seguito di tale comunicazione, in data 26 novembre 2007 l'utente invia ad H3G una prima raccomandata A/R con cui dichiara di non accettare l'avvenuta modifica delle condizioni contrattuali e una seconda raccomandata con cui contesta la decisione di H3G, comunicata all'utente via sms, di introdurre una scadenza del credito residuo accumulato sull'utenza n. XXX (scadenza indicata nel 31 dicembre 2007);
- a fronte del silenzio di H3G, il sig. XXX, nell'aprile del 2010, presenta istanza di conciliazione presso la Camera di Commercio di XXX che si conclude con un verbale di mancata adesione dell'operatore.

In data 15 luglio 2010, il sig. XXX presenta istanza di definizione della controversia in essere con H3G, al fine di ottenere un indennizzo per la mancata risposta alle lettere di reclamo del 26 novembre 2007, da quantificarsi, in applicazione della Carta dei servizi H3G, in € 11.490,00 (somma risultante dalla moltiplicazione del parametro giornaliero di €6,00 per i giorni di ritardo nel riscontro ai due reclami, sino alla data di presentazione dell'istanza di definizione).

A seguito della comunicazione di avvio del procedimento e contestuale convocazione all'udienza di discussione, H3G presenta proprie memorie (in data 27 settembre 2010 e in data 13 ottobre 2010), in cui, dopo avere ribadito la correttezza della rimodulazione del piano tariffario e della relativa comunicazione, precisa di avere fornito risposta alle due raccomandate dell'istante mediante sms del 29 novembre 2007, contenente link di accesso ad un *orphan page* dal seguente contenuto: «*In merito alla Sua segnalazione pervenuta il 26/11/2007, relativa alla non accettazione delle modifiche contrattuali riguardanti l'inserimento del credito derivante da autoricarica, la informiamo che, in data 28/11/2007 e 29/11/2007 abbiamo tentato di contattarla al n. 3922865906, senza alcun esito. Le comunichiamo che la sua richiesta di non applicare limiti temporali di utilizzo derivante da autoricarica non può trovare accoglimento. Per ulteriori informazioni, la invitiamo a contattare il nostro servizio clienti disponibile tutti i giorni 24 ore su 24, al numero 133 oppure all'indirizzo e-mail Servizioclienti@tre.it*».

H3G precisa, inoltre, che già nel messaggio inviato nel luglio 2007, si era premurata di illustrare a tutti gli utenti le modalità attraverso cui esercitare il diritto di recesso, in caso di non accettazione della rimodulazione tariffaria, ex art. 70, D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, e che ciò nonostante l'istante non ha mai comunicato la propria volontà di recedere nelle forme prescritte.

In data 16 ottobre 2010, il sig. XXX invia le proprie controdeduzioni nelle quali contesta l'avvenuta ricezione del messaggio indicato nella memoria di H3G e, inoltre, rileva che: 1) nel *print screen* prodotto dall'operatore la data dell'sms inviato risulta antecedente alla data di ricezione delle raccomandate da parte di H3G (le raccomandate, come da cartoline di ritorno prodotte in copia, sono state ricevute dal destinatario il 30/11/2007 e il 01/12/2007, mentre l'sms risulta inviato il 29/11/2007); 2) nel *print screen* prodotto da H3G non compare alcun riferimento al reclamo o al nominativo dell'utente.

Durante l'udienza di discussione, svoltasi in data 27 settembre 2010, le parti, entrambe presenti, ribadiscono le posizioni già espresse, rispettivamente, nell'istanza e nelle memorie presentate a questo Ufficio.

Valutazioni in ordine al caso in esame:

Preliminarmente, va precisato che oggetto della controversia in esame è rappresentato esclusivamente dalla richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, così come formulata nell'istanza depositata dal sig. XXX. Le contestazioni relative alla riformulazione del piano

tariffario e all'apposizione di una scadenza al credito residuo maturato dall'istante, seppur citate nel formulario GU14, sono da considerare meri presupposti fattuali sulla cui base il sig. XXX ha inviato i reclami all'operatore, dal momento che in merito ad esse l'istante non ha formulato alcuna richiesta in sede di definizione della controversia.

Quanto, dunque, al lamentato difetto di risposta alle raccomandate A/R, ricevute da H3G in data 30 novembre 2007 e 1 dicembre 2007 (come testimoniano le cartoline di ritorno), vanno richiamati i principi sanciti dall'art. 8 della delibera 170/03/CSP, in base ai quali gli organismi di comunicazioni sono tenuti a comunicare l'esito dei reclami e, in caso di rigetto, a fornire tale comunicazione per iscritto, corredandola di adeguata indicazione degli accertamenti compiuti; ciò, come più volte ribadito dall'Autorità, all'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 questi motivi, la mancata risposta al reclamo, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP. L'indennizzo deve essere calcolato secondo il parametro ordinario della Carta dei Servizi, decurtando dal periodo di ritardo i 45 giorni previsti dall'art. 8 della delibera 179/03/CSP (*o il termine minore eventualmente previsto nella Carta dei Servizi*), a partire dal giorno in cui è stato ricevuto il reclamo dal gestore, fino alla ricezione di una risposta adeguata ovvero fino all'udienza di conciliazione, nel corso della quale l'utente può interloquire con il gestore sul suo specifico caso.

Accanto ai principi sopra richiamati, va altresì considerato quanto previsto dalla Carta delle Garanzie di H3G, sia all'art. 13, che prevede che H3G, "*in quanto operatore multimediale*" possa mantenere i contatti con i Clienti attraverso chiamata telefonica, e-mail, fax e lettera, e rispondere alle domande della clientela *inoltrate via e-mail, anche "tramite e-mail, contatto telefonico, sms o fax"*, sia all'art. 23, in base al quale "*Il Cliente può presentare eventuali reclami relativi (...), per telefono (contattando il Customer Care ai numeri 133 o 139), via e-mail all'indirizzo servizioclienti@tre.it o lettera raccomandata A/R inviata all'indirizzo Casella Postale 133 - 00173 Roma Cinecittà, a mezzo fax (al numero verde 800 179600, per i clienti consumatori o al numero verde 800 179800 per i clienti business, forniti dallo stesso Customer Care). Dopo la notifica del reclamo, "3" fornirà, ove possibile, un immediato riscontro e comunque si impegna a dare una risposta al Cliente entro 45 giorni dalla data di ricevimento del reclamo*".

Chiarita la cornice normativa che regola i rapporti tra operatori e utenti in caso di reclamo, va rilevato che nella controversia in esame la contestazione del sig. XXX è avvenuta mediante lettera raccomandata e non mediante invio di *e-mail*, modalità, quest'ultima, che avrebbe legittimato l'operatore a fornire un riscontro anche via sms, come indicato nel citato art. 13 della Carta delle Garanzie. L'inoltro delle raccomandate con ricevuta di ritorno, dalla lettura sistematica dei citati artt. 13 e 23 della Carta delle Garanzie H3G, sembra imporre all'operatore una risposta scritta con le modalità analoghe a quelle utilizzate dall'utente per proporre reclamo.

Già in base a tale considerazione, dunque, la condotta di H3G, concretatasi nel semplice invio del messaggio contenente il link alla pagina web di "3", non pare integrare un esatto adempimento degli obblighi assunti con il cliente in base alla propria Carta delle Garanzie, né pare improntata a quei doveri di correttezza e buona fede che dovrebbero sovrintendere i rapporti fra le parti contrattuali, secondo quanto stabilito dagli artt. 1175 e 1375 del codice civile.

Ma anche qualora si volesse ritenere legittima e corretta la risposta via sms (con il link ad un'*orphan page* recante il testo completo della risposta medesima), nel caso in esame va accolto il rilievo formulato dall'istante nelle proprie controdeduzioni, giacché il riscontro fornito da H3G risulta del tutto carente di un requisito essenziale e assorbente, ossia della prova dell'effettivo invio dell'sms a una numerazione corrispondente alla USIM H3G usata dal sig. XXX. Nella documentazione allegata da H3G, ossia la stampa della pagina Web dell'*Area Clienti* dedicata,

compare esclusivamente il riferimento della data e dell'ora dell'invio dell'sms, mentre non compare alcuna indicazione dell'utenza verso la quale il messaggio è stato inoltrato. In mancanza di tale prova, che incombeva sull'operatore fornire (in base all'ormai consolidato principio secondo cui *"In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore deve soltanto provare la fonte, negoziale o legale, del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo della altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento"*, come ha affermato, tra le altre, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 06/04/2006, n. 7996) la condotta di H3G risulta integrare inadempimento contrattuale ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP dell'art. 23 della Carta delle Garanzie di H3G. Alla luce di quanto da ultimo osservato, si ritiene dunque fondato il diritto dell'istante a un congruo indennizzo da mancata risposta al reclamo.

Per la quantificazione di tale indennizzo è opportuno richiamare, innanzi tutto, il principio di *proporzione* che, secondo l'ormai consolidato orientamento dell'Agcom e di questo Corecom, impone la corrispondenza dell'indennizzo erogato al pregiudizio subito, da valutarsi sulla base di diversi parametri 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 o persona giuridica) che ha subito il pregiudizio; in secondo luogo, va richiamato il principio di *equità*, indicato dall'art. 84 del Codice delle Comunicazione Elettroniche quale canone su cui fondare la risoluzione delle controversie e costruire un adeguato sistema di indennizzi.

L'applicazione di tali principi, da un lato, consente il superamento del c.d. tetto massimo di indennizzo previsto dalla Carta delle Garanzie H3G per la mancata risposta al reclamo e fissato in € 80,00 complessivi; dall'altro lato, impone di valorizzare tutti gli aspetti della controversia, utili ad effettuare una equa valutazione e determinazione dell'indennizzo, calibrandolo al pregiudizio patito dall'istante. Tra questi aspetti, va senza dubbio considerata la condotta dell'utente che, come risulta dalla documentazione agli atti, ha presentato istanza di conciliazione solo a distanza di più di due anni e quattro mesi dalla data di invio dei reclami, per poi richiedere, tramite il successivo invio del formulario GU14, la corresponsione di un indennizzo per ogni giorno di ritardo nella risposta, sino alla data della presentazione della domanda di definizione della controversia, per l'ammontare complessivo di € 11.490,00. Il consistente lasso di tempo decorso tra i reclami e l'istanza di conciliazione, unitamente all'assenza di successivi tentativi di comunicazione (scritti, telefonici o telematici) con H3G, documentati o dichiarati dell'utente, costituisce un indubbio indice del fatto che l'interesse dell'istante ad avviare o continuare un dialogo con l'operatore non fosse così rilevante, e comunque certo non tale da legittimare la richiesta di un indennizzo così elevato quale quella formulata dal sig. XXX. Sebbene la mancata risposta abbia determinato un difetto di comunicazione – che tale difetto sia certamente imputabile all'operatore, in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – alla luce della condotta del sig. XXX, nella determinazione dell'indennizzo è necessario evitare che dall'incomunicabilità con l'operatore possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate. In questo senso va peraltro il nuovo Regolamento di cui alla Delibera n.73/11/CONS in materia di indennizzi applicabili nei rapporti tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche e di televisione a pagamento che – vertendo 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 (cfr. Delibera Corecom Lazio n. 39/11/CRL – Definizione della controversia XXXXXX/Fastweb).

Tutto ciò considerato, dalla valutazione di tutti gli aspetti oggettivi e soggettivi che caratterizzano la controversia in esame (nella fattispecie: la tipologia di utenza interessata, il numero dei reclami e l'oggetto dei medesimi, la data di presentazione dei reclami, la data di presentazione dell'istanza di conciliazione, la condotta dell'operatore), è da ritenere equo, sulla base della tipologia di

inadempimento contrattuale integrata dalla condotta di H3G, quantificare l'indennizzo da mancata risposta ai due reclami in €800,00 (€400,00 per ciascun reclamo).

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

RITENUTO che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti 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 dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

RITENUTO altresì che l'istante abbia diritto al rimborso delle spese sostenute per la procedura, equitativamente quantificabili in euro 50,00;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

La società H3G è tenuta, a favore del sig. XXX, a:

- I) corrispondere la somma di €800,00 quale indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
- II) corrispondere la somma di €50,00 per le spese di procedura.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera n.179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera AGCOM n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n.259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 69/2009.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, e della circolare AGCOM 11 febbraio 2011, prot. n. 0006817 il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Presidente Corecom
Fabio Minoli

Il Dirigente Ufficio per il Corecom
Mauro Bernardis