

ATTI 1.21.1. 2012/124/GU14

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 64

del 7 novembre 2013

Sono presenti i componenti del Comitato:

ZANELLA	Federica	Presidente
BOSCAGLI	Giulio	Vice Presidente
SAVOINI	Gianluca	Vice Presidente
BORELLA	Diego	
ROLANDO	Stefano	

Oggetto: Definizione della controversia XXX /H3G

La struttura proponente:

Il Dirigente Ufficio per il Corecom

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la L. 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 L. 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 D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*, in particolare l'art. 10;

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

VISTA la deliberazione A.G.Com. 173/07/CONS, *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, la Regione Lombardia 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 A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione A.G.Com. 73/11/CONS, *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*;

VISTA l'istanza presentata in data 29/12/2011, con cui il sig. XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società H3G XXX, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note del 10/01/2012 e del 03/02/2012, con le quali 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 ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per l'8 marzo 2012;

VISTO il verbale della suindicata udienza dell'8 marzo 2012;

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*;

CONSIDERATO quanto segue:

Motivi della decisione

1. Con l'istanza di definizione ai sensi degli art. 14 e ss. del *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di cui alla Del. 173/07/CONS, come modificata da ultimo dalla Del. 597/11/CONS), depositata in data 29/12/2011 il sig. XXX lamentava la sospensione della linea (servizio voce) in entrata e in uscita, intervenuta senza alcun preavviso e senza motivazioni in data 10 giugno 2011 sull'utenza mobile H3G XXX XXX a lui intestata; inoltre, asseriva che a causa di tale sospensione gli era stata preclusa la possibilità di richiedere la migrazione ad altro operatore nonché di ottenere la restituzione del credito residuo presente sulla USIM n. XXX. Per tali ragioni richiedeva un congruo risarcimento del disagio patito.

In seguito alla comunicazione di avvio del procedimento (del 10 gennaio 2012 – prot. n. 250/2012), l'operatore H3G inviava propria memoria difensiva nella quale dichiarava che la sospensione era stata disposta quale misura atta ad inibire una condotta abusiva riconducibile all'intestatario dell'utenza XXX e consistente nell'invio di numerosi sms finalizzati *esclusivamente* all'autoricarica di una USIM Wind (già gestita da H3G, ma oggetto di procedura di migrazione verso in Wind); in particolare, l'abuso sarebbe consistito nell'invio automatico di Sms contenenti l'avviso *"Sono di nuovo disponibile"*, successivamente ad ogni rifiuto delle chiamate ricevute dalla numerazione WIND (già H3G); H3G precisava, inoltre, che il servizio di messaggistica automatica in parola si attiva solo *da e verso* utenze H3G e che, nel caso di specie, l'invio dei numerosissimi messaggi di avviso verso un'utenza Wind era reso possibile dal fatto che la medesima era stata oggetto di una procedura di portabilità da H3G, non ancora registrata dai sistemi di tale operatore di tal che il momentaneo "disallineamento" dei sistemi consentiva di autoricaricare una USIM Wind semplicemente generando dalla stessa chiamate verso la USIM H3G XXX: chiamate che poi venivano rifiutate e riscontrate con sms di avviso automatico.

Conformemente alle procedure stabilite nel c.d. *"Protocollo di comunicazione"*, adottato in ottemperanza a quanto disposto dalla Del. AGCom 418/07/CONS per i casi di presunta frode, il 26 maggio 2011 Wind Infostrada aveva segnalato a H3G l'utenza XXX come utenza generatrice di sms fraudolenti ed H3G, effettuate le opportune verifiche, aveva sospeso l'utenza interessata. H3G, quindi, nella propria memoria concludeva per la legittimità della sospensione della linea – e per il conseguente rigetto della domanda della parte istante – rilevando altresì nella condotta adottata dal sig. XXX una palese violazione tanto dei doveri di correttezza e buona fede cui le parti del rapporto obbligatorio, in base all'art. 1175 c.c., dovrebbero conformare la propria condotta (in ossequio al principio costituzionale di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.), quanto delle norme contrattuali e, in particolare, dell'art. 12.3 delle Condizioni generali di contratto.

A sostegno delle proprie ragioni, H3G allegava alla memoria alcuni documenti indicati come "riservati" (in particolare: il *Protocollo di comunicazione Inter-Operatore*, la Del. 418/07/CONS e la segnalazione effettuata da Wind ad H3G) e, in quanto tali, non

comunicati alla controparte, a dispetto dell'obbligo previsto dall'art. 16, comma 2 del *Regolamento* in attuazione del principio del contraddittorio.

Durante l'udienza di discussione svoltasi l'8 marzo 2012, l'istante:

- eccepiva la violazione del diritto di difesa di cui all'art. 16 del *Regolamento* (All. A Del. 173/07/CONS) stante il mancato invio, da parte di H3G, di tutta la documentazione prodotta con la memoria depositata in data 10 febbraio 2012 e contestava la ricevibilità e l'utilizzabilità, ai fini del presente procedimento di definizione, dei documenti indicati dalla controparte come "riservati";
- lamentava il difetto di comunicazione da parte di H3G che, nonostante le continue richieste inoltrate telefonicamente e via fax, non aveva mai fornito spiegazioni all'utente (benché cliente H3G "Cinque stelle" da diversi anni) circa le ragioni della sospensione, ragioni che venivano esplicitate per la prima volta con la memoria del 10 febbraio 2012;
- sottolineava, infine, che H3G non aveva assolto all'onere della prova in ordine alle asserzioni di cui alla citata memoria.

Durante la medesima udienza, H3G contestava tutte le eccezioni sollevate dall'istante in quanto tardive, e dunque inammissibili, e ribadiva che alcuni dei documenti allegati alla memoria depositata per loro specifica natura fossero da considerare "riservati".

2. Preliminarmente, è necessario affrontare la questione relativa all'utilizzabilità dei documenti prodotti da H3G e non inoltrati alla parte istante in quanto, secondo l'operatore, aventi natura "riservata".

A tal fine, va richiamato quanto previsto dall'art. III.3.3 delle *"Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori"* (dettate dalla Del. AGCom 276/13/CONS) che in tema di *"Accessibilità degli atti"* precisa che *"tutti i documenti e le memorie presentati nell'ambito del procedimento sono integralmente accessibili alla controparte, salvo i c.d. dati sensibili. Pertanto i documenti depositati con la clausola di non accessibilità alla controparte non sono presi in considerazione ai fini della controversia"*.

Alla luce di tale disposizione, e considerato che tra i documenti indicati dall'operatore come "riservati" non risultano dati che possano essere considerati *sensibili* ai sensi dell'art. 4 D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, si deve concludere per la non utilizzabilità ai fini della decisione in merito alla presente controversia di quanto prodotto da H3G in allegato alla memoria difensiva del 10 febbraio 2012 ma non reso accessibile alla controparte, ad elusione del principio del contraddittorio che, in base all'art. 16 del *Regolamento* di cui alla Del. 173/07/CONS, deve informare l'intera procedura di definizione.

A ciò si aggiunga che (cfr. *infra*) anche nell'ipotesi in cui, accogliendo la contestazione dell'operatore, si fosse al contrario optato per la ricevibilità e l'utilizzabilità di tale documentazione, la valutazione della medesima nell'ambito di una decisione sul merito condurrebbe in ogni caso ad un giudizio di insufficienza e inadeguatezza ai fini della prova delle ragioni avanzate da H3G.

3. Prima di esaminare il merito della controversia, va inoltre chiarito che la richiesta risarcitoria di parte istante, pur non potendo essere accolta, in quanto ogni valutazione di danno è preclusa al Corecom ai sensi dell'art. 19, comma 4, della citata Del. 173/07/CONS), *"può essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal nomen juris indicato dalla parte, la quale poi potrà naturalmente rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per ottenere la liquidazione dell'eventuale maggior danno"* (così ha precisato l'AGCom nella Del. 276/13/CONS, di *Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di*

risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche – Par. III.1.3).

4. Entrando nel merito della controversia, per delineare il quadro normativo di riferimento entro il quale valutare la condotta dell'operatore è opportuno richiamare innanzitutto il principio fondamentale in materia di qualità dei servizi di telecomunicazioni, stabilito dall'art. 3., comma 4, Del. AGCom 179/03/CSP, che pone in capo agli operatori l'obbligo di fornire i servizi *"in modo regolare, continuo e senza interruzioni"*. Le uniche eccezioni a tale principio riguardano le interruzioni dovute a interventi tecnici di manutenzione e riparazione (la cui legittimità è peraltro subordinata all'adempimento di una serie di oneri preventivi in capo all'operatore) e i casi tassativamente indicati dall'art. 5 del *Regolamento* (all. A, Del. 173/07/CONS), ovvero le ipotesi di *frode*, ripetuti ritardi nei pagamenti o ripetuti mancati pagamenti (da intendersi secondo le indicazioni espressamente fornite dal comma 2, lett. a) e b) del citato art. 5), rispetto alle quali incombe comunque in capo all'operatore un preciso onere di informativa (*"Fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso"*, così recita il comma 1 del citato art. 5) il cui mancato rispetto rende illegittima l'interruzione del servizio.

Accanto alle disposizioni regolamentari appena richiamate va poi considerato l'art. 18.3 delle *"Condizioni generali di abbonamento"* di H3G che, in linea con quanto previsto dalle predette disposizioni, stabilisce che l'operatore si riserva la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, i servizi con un preavviso (anche mediante sms) di almeno dodici ore *"in caso di inottemperanza del Cliente anche ad uno solo degli impegni di cui agli artt. 6.3, 6.4, 6.5, 7.5, 11.5, 12.1, 12.2, 12.3, 12.8, 12.11, 13.4, 15.1, 15.9, 15.10, 17.2, 17.5 e 19.1, delle Condizioni Generali di Contratto"* – tra cui figurano quelli *"ad utilizzare e far utilizzare i Servizi UMTS nel rispetto delle loro caratteristiche tecniche ed in conformità a quanto previsto nella Proposta del Cliente ovvero nella Proposta di "3" e nelle successive richieste di attivazione Servizi UMTS, nelle Condizioni Generali di Contratto, nella Carta dei Servizi e nei regolamenti di servizio, nonché in conformità a leggi, regolamenti ed usi vigenti in materia"* – nonché *"a non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i Servizi UMTS per scopo di lucro, anche indiretto (artt. 12.2 e 12.3) – e in ogni altro caso di uso improprio o illegittimo dei Servizi UMTS"*.

Delineato così il quadro regolamentare e contrattuale di riferimento, alla luce dei dati emersi dall'istruttoria è possibile concludere per l'illegittimità della sospensione dell'utenza XXX.

Invero, dalla documentazione prodotta dall'operatore (sul quale, secondo i principi in materia di prova dell'inadempimento delle obbligazioni ormai acquisiti dalla giurisprudenza della Cassazione e dalle delibere dell'AGCom e dei CoReCom delegati, grava l'onere della prova del corretto adempimento degli obblighi connessi al contratto di fornitura del servizio) non emerge alcun elemento idoneo a dimostrare la sussistenza dei due presupposti necessari per legittimare la condotta sospensiva dell'operatore: innanzi tutto, l'azione fraudolenta dell'utente ovvero l'improprio utilizzo, da parte di quest'ultimo, dei servizi forniti dal gestore e, secondariamente, il preavviso di almeno dodici ore contrattualmente previsto dall'art. 18.3 delle *"Condizioni generali di abbonamento"*.

Quanto al primo di questi presupposti, la società H3G si limita ad asserire di avere ricevuto da Wind la segnalazione di un evento anomalo (i numerosi messaggi di autoricarica) sulla linea XXX e di avere effettuato una serie di verifiche e di azioni che l'hanno portata a considerare come meritevoli di tutela sia le ragioni addotte dall'operatore segnalante, sia le proprie ragioni di autotutela, e a disporre la sospensione del servizio. A fronte di tali asserzioni, tuttavia, non viene prodotta alcuna documentazione dalla quale emerga la prova delle verifiche effettuate e la conseguente dimostrazione dell'uso *anomalo* della messaggistica da parte dell'utente (il c.d. "riscontro" previsto dalla Procedura inter-operatore contro le frodi, richiamata dalla stessa H3G).

Va sottolineato che in mancanza di riscontri probatori circa il carattere fraudolento della condotta della parte istante risulterebbe in ogni caso inadeguata e insufficiente la documentazione indicata come "riservata" da H3G (copia della segnalazione di Wind e *file Excel* con l'elenco dei messaggi di autoricarica) in quanto unicamente idonea a dimostrare l'avvio, da parte di altro Olo (Wind) di una procedura finalizzata al contrasto delle frodi: una procedura che, fra l'altro, impone espressamente all'operatore destinatario della segnalazione di verificare –prima di adottare misure di contrasto– se il traffico indicato come anomalo e fraudolento non corrisponda invece semplicemente ad una improvvisa e temporanea concentrazione di traffico lecito. E tale valutazione non può essere certo sostituita dalle considerazioni svolte nella memoria del 9 febbraio 2012 e nell'ambito delle quali l'operatore, rilevata l'attivazione da parte dell'utente di numerose utenze ricaricabili, giudica tale comportamento come *"incompatibile con quella del tipico fruitore del servizio telefonico per uso privato"*: giudizio che, oltre a non esplicitare i parametri in base ai quali viene espresso, risulta totalmente privo di rilevanza nella verifica del carattere fraudolento dei messaggi di autoricarica, e pertanto inidoneo a provare alcunché ai fini della decisione sul caso in esame.

Oltre alla carenza di riscontri probatori circa l'esistenza del presupposto sostanziale per la sospensione del servizio, va osservato, infine, come manchi del tutto la prova del secondo requisito necessario a legittimare la condotta di H3G, non risultando agli atti alcuna prova di un preavviso di sospensione inviato all'utente.

Da quanto sin qui esposto è possibile concludere che il comportamento adottato dall'operatore, contravvenendo all'obbligo generale di regolare e continua fornitura del servizio, integra inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c. e fonda pertanto il diritto dell'utente ad un congruo indennizzo. Tale indennizzo andrà calcolato sulla base del parametro di € 7,50 *pro die* indicato dall'art. 5 del c.d. *Regolamento indennizzi* per i casi di sospensione dei servizi, da moltiplicarsi per tutti i 139 giorni compresi tra il 10 giugno 2011 (data della sospensione della linea) e il 27 ottobre 2011 data dell'udienza di conciliazione (dunque del primo confronto diretto con l'operatore, a seguito del quale l'utente ben avrebbe potuto presentare richiesta di emissione di provvedimento temporaneo di riattivazione della linea tramite il deposito del formulario GU5, contestualmente all'istanza di definizione; tale procedura non è invece mai stata attivata dall'utente nel corso dell'intero procedimento di risoluzione della controversia avanti al Corecom Lombardia) per un totale di € 1042,50.

5. Atteso che dalla documentazione allegata all'istanza nonché dal confronto tra le parti avvenuto durante l'udienza di discussione è emersa l'ulteriore contestazione, riconducibile alla mancata risposta al reclamo presentato dall'utente via fax in data 10 giugno 2011 (copia in atti) e considerato che non è emersa dall'istruttoria prova alcuna dell'invio all'utente di idoneo riscontro scritto, si ritiene di riconoscere alla parte istante un indennizzo da mancata risposta al reclamo. Invero, in base all'art. 8 Del. AGCom 170/03/CSP, gli operatori sono tenuti a comunicare agli utenti l'esito dei reclami (entro 45 gg. dalla presentazione del reclamo stesso, salvo termine più breve fissato dalle Carte dei servizi) 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, Del. 179/03/CSP.

Nel caso in esame tale indennizzo andrà calcolato moltiplicando il parametro giornaliero di € 1,00 fissato dall'art. 11, comma 1 del c.d. *Regolamento indennizzi* (all. A alla Del. AGCom 73/11/CONS) per i 109 giorni compresi tra il 10 giugno 2011 e il 27 ottobre 2011, già dedotti i 30 giorni che la Carta dei Servizi H3G prevede per il riscontro ai reclami, per un totale di € 109,00.

Spese di procedura

In considerazione della condotta complessiva tenuta dalle parti durante l'intero procedimento di risoluzione della controversia presso questo CoReCom, si ritiene ragionevole liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

CONSIDERATO quanto qui esposto;

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

VISTO il parere del Servizio Studi e documentazione legislativi e Assistenza legale in data 31 luglio 2009 in ordine alla necessaria continuità delle funzioni esercitate dal Co.Re.Com per delega dell'A.G.Com;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

a definizione della controversia in esame, che H3G XXX provveda a corrispondere a favore del sig. XXX:

- 1) la somma di € 1042,50 quale indennizzo per la illegittima sospensione del servizio sull'utenza mobile n. XXX;
- 2) la somma di € 109,00 quale indennizzo per mancata risposta al reclamo del 10 giugno 2011;
- 3) la somma di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Il Presidente del Corecom
dott.ssa Federica Zanella

Il Dirigente Ufficio per il Corecom
dott. Massimiliano Della Torre

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 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Del. A.G.Com. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, D. Lgs. 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 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

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, 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 Dirigente Ufficio per il Corecom