

DELIBERA N. 139/11/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
CANOVA / H3G S.p.A.
(GU14/306/11)

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 22 novembre 2011;

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*";

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'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTA la delibera n. 173/07/CONS recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l'istanza dell'11 marzo 2011 (prot. n. 12734 del 16 marzo 2011), con la quale il sig. XXXX ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società H3G S.p.A. (di seguito, H3G);

VISTA la nota dell'11 aprile 2011 (prot. n. 16473), con cui la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento allegato alla delibera n. 173/07/CONS, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza di discussione in data 24 maggio 2011, tenutasi il successivo 31 maggio;

UDITE le parti nella predetta audizione;

VISTE le note del 1 maggio, 2 maggio, 6 maggio, 16 maggio, 23 maggio e 24 luglio 2011 con le quali la parte istante ha integrato le informazioni e la documentazione prodotta con l'atto introduttivo, nonché ha replicato alle dichiarazioni rese dalla Società in sede di audizione e nelle memorie difensive;

VISTA la nota del 12 maggio 2011 con la quale la Società ha prodotto memorie difensive in merito ai fatti oggetto di contestazione;

VISTA la nota dell'8 luglio 2011 con la quale il Corecom Piemonte ha fornito talune precisazione in merito alla procedura di conciliazione instaurata dal sig. XXXX in prima istanza;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. XXXX, titolare dell'utenza n. xxxx, contesta nei confronti della società H3G l'illegittima sospensione del servizio di *conference call* e di trasferimento chiamata nonché la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nelle memorie integrative, nel corso dell'audizione e nelle successive note controdeduttive l'utente ha dichiarato quanto segue:

i. in data 3 ottobre 2007 la società H3G S.p.A. ha illegittimamente sospeso, senza alcun preavviso, i servizi di *conference call* e trasferimento chiamate. Già nell'ottobre del 2007 l'utente ha reclamato tale circostanza al 133 ma il gestore non ha mai fornito una risposta scritta ed esaustiva;

ii. con i fax del 28 febbraio e 24 maggio 2010 l'istante ha inviato due distinti reclami chiedendo al gestore la riattivazione dei servizi e la liquidazione di un indennizzo a decorrere dalla data di sospensione. I predetti reclami sono rimasti privi di riscontro;

iii. l'istante, dopo aver più volte ribadito l'inadempimento contrattuale della Società, ha precisato che, ai fini della quantificazione delle somme dovute, non possono trovare applicazione i criteri indicati dal Regolamento indennizzi. La data di entrata in vigore della nuova normativa, infatti, è successiva alla presentazione dell'istanza di definizione. Per il computo dell'indennizzo, pertanto, l'Autorità sarà tenuta ad applicare l'indice di euro 6,00 per ogni giorno di mancata risposta ai reclami;

iv. l'istante, altresì, ha precisato di aver inviato due distinti reclami: uno relativo al servizio di conferenza, l'altro al trasferimento chiamate. Trattandosi di due differenti

inadempimenti contrattuali commessi dalla Società, l'Autorità non può che analizzarli ed indennizzarli separatamente. Inoltre, il *dies ad quem* per il calcolo dell'indennizzo non può essere la data dell'udienza di conciliazione poiché, in tale circostanza, l'istante non ha ricevuto alcuna risposta scritta né alcuna motivazione esaustiva in merito ai fatti oggetto di contestazione;

v. per quanto concerne la sospensione dei due servizi l'utente ha chiarito che, per la quantificazione dell'indennizzo dovuto, l'Autorità dovrà prendere in considerazione esclusivamente la delibera 55/09/CIR poiché è l'unica decisione con la quale è stato riconosciuto un adeguato ristoro economico per i disservizi lamentati dal sig. XXXX. Con le successive determinazioni (del. 82/10/CIR, 101/10/CIR, 16/11/CIR), invece, l'Autorità ha inteso adottare delle decisioni "ad hoc" con finalità punitive nei confronti di giovani utenti fomentati dai forum. L'utente, quindi, ha richiesto all'Autorità di acquisire al fascicolo le istanze che sono state definite con le delibere sopra richiamate, per consentire all'amministrazione di verificare la serietà della richiesta di indennizzo formulata in questa sede dal sig. XXXX;

vi. in relazione, poi, alle precedenti decisioni adottate dall'Autorità, l'istante ha ritenuto non corretta l'interpretazione dell'amministrazione che ha considerato i servizi in esame come accessori e, dunque, non indennizzabili come quello voce (principale). La *conference call* ed il trasferimento di chiamata, viceversa, risultavano essere indispensabili per l'utente, soprattutto per l'attività lavorativa svolta. Il sig. XXXX, tra l'altro, non è mai stato preavvisato della sospensione né informato, mediante una comunicazione scritta, dell'eventuale riattivazione;

vii. in relazione alla memoria difensiva depositata dalla Società prima dell'udienza di discussione, l'istante ne eccepisce la tardività in quanto è stata presentata oltre il termine di venti giorni fissati dall'Autorità e decorrenti dalla notifica alle parti della comunicazione di avvio del procedimento;

viii. in ultimo, per quanto concerne l'eccezione di inammissibilità formulata dalla Società in sede di udienza e relativa al mancato esperimento del tentativo di conciliazione per una delle due fattispecie oggetto di definizione, l'utente ha prodotto la documentazione inviata al Corecom con allegata la richiesta di riunire in un'unica seduta conciliativa la trattazione delle due distinte problematiche.

Tutto ciò premesso l'istante chiede: *i)* l'indennizzo per la sospensione del servizio di *conference call* e di trasferimento chiamate da computare applicando l'indice di euro 6,00 *pro die* a decorrere dalla data del 3 ottobre 2007; *ii)* l'indennizzo per la mancata risposta ai due distinti reclami da computare applicando l'indice di euro 6,00 *pro die*; *iii)* l'immediata riattivazione dei servizi di conferenza e di trasferimento chiamate; *iv)* la liquidazione delle spese di procedura pari ad euro 500,00.

La società H3G S.p.A., con le memorie del 12 maggio 2011, ha precisato che la sospensione generale della conferenza e del trasferimento di chiamata, conformemente all'articolo 26 del codice di condotta di H3G, è stata disposta dopo che l'operatore ha accertato un uso dei servizi non conforme alle condizioni di contratto, come

denunciato anche alle competenti Autorità. Pertanto, l'interruzione che viene stata contestata dal cliente non discende da alcun comportamento illegittimo o discriminatorio né può comportare il riconoscimento di un indennizzo.

La Società, altresì, ha confermato la corretta classificazione dei suddetti servizi come accessori e che, a seguito della sospensione disposta nell'ottobre del 2007, la dicitura presente sul sito è stata modificata da “*il servizio è già disponibile al momento dell'attivazione della usim 3*” a “*il servizio non è disponibile al momento dell'attivazione della carta usim 3, se desideri attivarlo chiama il servizio clienti*”. Ad oggi, entrambi i servizi non vengono pubblicizzati in alcun modo. Infine, H3G ha precisato che i due servizi sono stati riattivati sull'utenza intestata al sig. XXXX in data 5 maggio 2011.

Nel corso dell'udienza, H3G ha ribadito l'eccezione di improcedibilità dell'istanza presentata dal sig. XXXX nella parte in cui l'utente ha contestato la sospensione del servizio di trasferimento chiamate che non risulta essere stato oggetto del tentativo di conciliazione.

II. Motivi della decisione

Preliminarmente è necessario definire le due questioni di rito sollevate, nel corso del procedimento, da entrambe le parti in causa.

Partendo dall'eccezione formulata dall'istante, l'obiezione del sig. XXXX può ritenersi fondata in quanto le memorie difensive prodotte dalla Società risultano essere tardive. In particolare, con la comunicazione dell'avvio del procedimento l'amministrazione ha riconosciuto agli interessati, *ex* articolo 16, comma 2, del Regolamento di procedura, un termine di 20 giorni per la presentazione di memorie difensive. Nel caso di specie, la nota è stata notificata alla Società in data 11 aprile 2011; il *dies ad quem*, quindi, risulta essere il 2 maggio 2011. La nota di H3G, viceversa, è pervenuta tardivamente il 12 maggio 2011 e, per questo, non sarà utilizzata ai fini dell'adozione della decisione finale. Ad ogni modo, non si è reso necessario un approfondimento istruttorio ritenendo sufficiente la copiosa documentazione prodotta dalla sola parte istante.

Non può trovare accoglimento, invece, l'eccezione di inammissibilità proposta dalla Società. La questione, infatti, ha trovato piena soluzione nella nota informativa inviata dal Corecom Piemonte in data 8 luglio 2011. Il tale circostanza, il comitato ha precisato che, oltre all'istanza di conciliazione relativa al servizio di *conference call*, nelle date dell'8 dicembre 2010 e 23 gennaio 2011 l'utente ha inviato delle note integrative segnalando ulteriori disservizi. Le predette comunicazioni, ha specificato il Corecom, sono state inviate al gestore con fax del 24 gennaio 2011 affinché le sopravvenute contestazioni potessero divenire oggetto di discussione nell'udienza di conciliazione. Il Corecom, quindi, ha confermato che nel corso dell'udienza del 26 gennaio 2011 sono state trattate e discussi tutti i disservizi lamentati dal sig. XXXX, poi confluiti nell'istanza di definizione.

Nel merito della vertenza il sig. XXXX ha richiesto, *in primis*, la riattivazione della *conference call* e del trasferimento chiamate nonché la liquidazione di un indennizzo per la sospensione patita.

La richiesta di riattivazione dei due servizi può non essere oggetto di discussione. Nelle memorie difensive, infatti, la Società dà atto che il ripristino della *conference call* e del trasferimento chiamate è stato disposto in data 5 maggio 2011. La predetta informazione è stata ritenuta ammissibile ai fini della decisione perché costituisce un dato oggettivo, sempre verificabile, che prescinde dalle argomentazioni difensive formulate dalla Società considerate irricevibili perché tardive.

Per quanto concerne la richiesta di indennizzo per la sospensione dei due servizi, la stessa può trovare accoglimento nei limiti di seguito precisati.

Da un lato, l'interruzione della *conference call* e del trasferimento di chiamata è da ritenersi illegittima: la Società, infatti, non ha fornito alcuna argomentazione difensiva idonea a giustificare l'inadempienza contrattuale. In ogni caso, pur senza considerare le motivazioni addotte nel corso del presente procedimento, già in altri contenziosi (aventi ad oggetto la medesima contestazione) H3G ha indicato le ragioni che hanno determinato la sospensione (generalizzata) della *conference call* e del trasferimento chiamate, fenomeno che l'Autorità ha sempre censurato (ad esempio, delibera n. 16/11/CIR, n. 60/11/CIR). Dall'altro, per l'inadempienza contrattuale subita, l'utente ha diritto ad un ristoro economico ma il computo dell'indennizzo dovrà avvenire considerando i seguenti parametri.

Il *dies a quo* risulta essere il 28 febbraio 2010 per il servizio di trasferimento chiamate ed il 24 maggio 2010 per la *conference call*. Solo in queste due date, infatti, l'utente ha formalizzato la propria volontà di ottenere la riattivazione dei servizi.

Nello specifico dal 3 ottobre 2007 (data in cui la società H3G ha disposto una sospensione generalizzata dei servizi) sino alla data di presentazione delle note sopra richiamate, l'utente non ha mai richiesto al gestore il ripristino del servizio né risultano precedenti reclami o solleciti formalizzati all'operatore. L'istante ha affermato di aver sollecitato già nel 2007 la sospensione della conferenza (per il servizio di trasferimento chiamate la sospensione viene fatta risalire al giugno 2008) mediante un contatto telefonico al 133; se così fosse, però, nelle note datate 2010 l'utente non avrebbe affermato "*a quanto leggo sui vari siti e forum di telefonia mobile ed ho appreso dai legali in materia di tutela dei consumatori e da pubblicazioni di delibere sul sito www.agcom.it, tale disservizio, disattivazione e/o impossibilità di attivazione ed utilizzo del servizio si sta protraendo in modo pressoché generalizzato*" da oltre un anno e otto mesi per il trasferimento chiamate e da oltre due anni e quattro mesi per la conferenza. L'istante, cioè, fa retroattivamente decorrere la sospensione non dalla data in cui ha accertato e (contestualmente) richiesto il ripristino, bensì dalla data in cui ha appreso, tramite i diversi canali informativi, che i due servizi, da tempo, non erano più forniti dalla Società. La richiesta di indennizzo, quindi, può essere accolta ma non con effetto retroattivo; la sospensione dei due servizi nasce da una scelta generalizzata operata dalla Società verso la propria clientela ma il sig. XXXX ne ha contestato

l'illegittimità solo nel 2010, a circa tre anni di distanza dall'interruzione. Se l'istante ha ritenuto ragionevole lamentare l'inadempienza contrattuale nel 2010, altrettanto ragionevole e proporzionato sarà far decorrere il computo dell'indennizzo dalla data in cui è stata formalmente richiesta l'attivazione.

Il *dies ad quem* va ritenuto, per entrambi i servizi, il 5 maggio 2011, data in cui la Società ha dichiarato di aver disposto la riattivazione della conferenza e del trasferimento sull'utenza intestata al sig. XXXX.

Dunque, l'indennizzo dovuto riguarderà il periodo 28 febbraio 2010 – 5 maggio 2011 (per il trasferimento chiamate), per un totale di 430 giorni, nonché il periodo 24 maggio 2010 – 5 maggio 2011 (per il servizio di *conference call*) per un totale di 346 giorni.

Secondo l'orientamento, ormai consolidato, dell'Autorità, ai fini del computo dell'indennizzo bisogna tener conto sia della natura accessoria e non sostanziale della *conference call* e del trasferimento chiamate, sia della gratuità dei servizi. Di fatti, anche se la sospensione deve ritenersi illegittima, non può non considerarsi che l'utente ha continuato ad utilizzare, senza alcuna interruzione, il servizio di fonìa. La differente connotazione oggettivamente assunta dal servizio principale di fonìa, elemento fondante il sinallagma contrattuale, rispetto a quello di conferenza e di trasferimento di chiamate, meramente aggiuntivi, non giustifica l'applicazione dello stesso criterio previsto dalla Carta servizi per il computo dell'indennizzo. Pertanto, come più volte ribadito in altre decisioni, si ritiene che la doglianza dell'utente, relativa alla sospensione di servizi accessori, a fronte del quale non era previsto alcun costo a carico dell'istante, possa trovare giusto ed equo ristoro prevedendo un indennizzo di 1,00 euro *pro die* pari, cioè, ad un sesto dell'importo previsto per il servizio di fonìa (6,00 euro *pro die*).

La natura meramente accessoria della *conference call* e del trasferimento di chiamata rispetto alle altre ipotesi contrattualmente previste viene ulteriormente confermata dalla circostanza che, qualora la disponibilità di tale funzione fosse stata ritenuta particolarmente rilevante da parte dell'utente, questi avrebbe potuto recedere dal contratto e richiedere l'erogazione del servizio ad operatori alternativi. Di contro, la scelta dell'istante di mantenere in vita il rapporto contrattuale con la H3G S.p.A. e di contestare la disattivazione dopo quasi tre anni, rende il servizio principale erogato, sotto il profilo strettamente soggettivo, predominante rispetto alle altre funzioni accessorie.

Per quanto concerne la richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami, la stessa non può trovare accoglimento per i motivi di seguito precisati.

Innanzitutto, bisogna considerare il tenore letterale dei fax inviati rispettivamente in data 28 febbraio e 24 maggio 2010 che presentano un contenuto pressoché identico; distinguono solo per la data di invio e per il servizio interessato dalla sospensione (trasferimento in un caso, conferenza nell'altro); le motivazioni che sostengono l'illegittimità e le richieste risarcitorie sono le stesse. Il contenuto delle note inviate dal sig. XXXX non consente di ricondurre la fattispecie concreta, oggetto di disamina,

all'ipotesi disciplinata dall'articolo 8, comma 4, allegato A, della delibera 179/03/CSP in combinato disposto con l'articolo 11 comma 2, allegato A, della medesima delibera. L'articolo 1, comma 1, lettera d), allegato A, della delibera 179/03/CSP definisce, infatti, il "reclamo" come "l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio, ovvero una questione attinente l'oggetto, le modalità o i costi della prestazione erogata". Nel caso in esame l'istante, con i due fax, ha richiesto alla Società l'attivazione dei servizi oltre che la liquidazione dell'indennizzo. Non risultano né reclami precedenti e relativi al periodo 2007/2010 né successivi con il quale l'utente possa aver contestato l'inerzia della Società a fronte della richiesta di attivazione.

L'istante, nelle memorie difensive, si limita a riferire che a decorrere dal 2007 ha più volte chiamato il 133 e di aver sempre ricevuto delle risposte fuorvianti e non risolutive del problema; tali contatti, tuttavia, non trovano alcun riscontro nella documentazione allegata, non trovano neanche menzione nei fax che l'utente ha inviato ad H3G nel 2010.

In conclusione, a partire dal 2007 l'istante formalizza un contatto con il gestore solo nel 2010 mediante l'invio dei suindicati fax. Segue l'avvio della procedura conciliativa nel corso della quale le parti hanno avuto modo di interloquire soprattutto in udienza svoltasi alla presenza di entrambe le parti in causa.

Infine, in considerazione delle ulteriori istanze formulate dal sig. XXXX, si chiarisce che la richiesta di acquisire nel fascicolo le istanze di definizione depositate da altri utenti non può trovare accoglimento. Il procedimento contenzioso si conclude con l'adozione di un provvedimento decisorio, motivato alla luce degli elementi di fatto e le ragioni giuridiche che emergono all'esito di ciascuna istruttoria. L'elemento psicologico (ossia la reale intenzione che sottende l'avvio del procedimento da parte di un consumatore) non rileva in questa sede, ovvero può trovare spazio nei soli casi in cui la volontà e, dunque, la condotta dell'utente sia palesemente in contrasto con le disposizioni contrattuali o con le prescrizioni normative. Altra cosa è, poi, la linea interpretativa seguita dall'Autorità nel definire ogni controversia; a tal proposito, per la *conference call* ed il servizio di trasferimento chiamate, l'amministrazione ha confermato, da tempo, il proprio orientamento superando l'ormai isolata decisione n. 55/09/CIR.

CONSIDERATO che la società H3G S.p.A. non ha prodotto alcuna documentazione probatoria idonea a giustificare la mancata riattivazione del servizio di trasferimento chiamate e di *conference call*;

RITENUTO, per quanto sopra esposto, che dall'accertata responsabilità in capo alla società H3G S.p.A. discende il diritto dell'utente al riconoscimento di un equo e proporzionato indennizzo per la mancata fruizione del servizio;

RITENUTO che, data la natura accessoria e la gratuità dei servizi, il parametro da utilizzare per il calcolo dell'indennizzo possa essere equitativamente stabilito in euro 1 *pro die*, da moltiplicare per il numero di giorni intercorrenti tra la data in cui è stata richiesta la riattivazione e la data di effettivo ripristino dello stesso;

RITENUTO che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'articolo 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, infine, che per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo 50,00 per spese procedura considerato che la stessa ha partecipato all'udienza di conciliazione innanzi al Corecom Piemonte ma non ha sostenuto spese per la partecipazione alla presente procedura;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

1. In parziale accoglimento dell'istanza presentata dal sig. XXXX, la società H3G S.p.A. è tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno o bonifico bancario, le seguenti somme, determinate e calcolate come in motivazione:

- i. euro 430,00 computati moltiplicando l'importo di euro 1,00 per n. 430 giorni di mancata fruizione del servizio di trasferimento chiamate (28 febbraio 2010 – 5 maggio 2011);
- ii. euro 346,00 computati moltiplicando l'importo di euro 1,00 per n. 346 giorni di mancata fruizione del servizio di conference call (24 maggio 2010 – 5 maggio 2011);
- iii. euro 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

2. Le somme determinate a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;

3. 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.

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'articolo 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.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 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 notificata alle parti e pubblicata sul sito internet dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 22 novembre 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola