

DELIBERA N. 10/13/CRL

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

SUBA/H3G

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 14.2.2013;

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 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

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

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "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" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 7 ottobre 2011, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/588/2011, con cui la sig.ra [REDACTED] Suba ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società H3G [REDACTED] (di seguito, per brevità, "H3G");

VISTA la nota del 27 ottobre 2011 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione

della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTA la nota del 24 novembre 2011, con cui l'operatore ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

VISTA la nota del 25 novembre 2011, con cui l'istante ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

VISTA la nota del 2 dicembre 2011, con cui l'istante ha presentato la memoria di replica;

UDITE tutte le parti all'udienza del 13 marzo 2012;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- avendo ricevuto un addebito di Euro 30,17 oltre IVA per "SMS a sovrapprezzo" con la fattura n. █, l'istante contattava il servizio clienti ed apprendeva che l'addebito era relativo ad un servizio Tokito Club, mai richiesto;
- nella successiva fattura, venivano addebitati Euro 19,62, oltre IVA, per il medesimo servizio;
- i reclami telefonici e scritti rimanevano senza riscontro;
- a seguito di ricorso dell'istante, l'Antitrust emetteva il provvedimento n. 22750 del 7 settembre 2011, sanzionando l'operatore per pratica commerciale scorretta;
- con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva la restituzione della somma di Euro 49,79 oltre IVA, interessi e svalutazione monetaria, l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami da liquidarsi come per legge, il risarcimento del danno da liquidarsi in via equitativa per il disagio, il pagamento delle spese legali sostenute;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente chiedeva il rimborso delle somme ed un indennizzo e l'operatore offriva un rimborso di Euro 100,00 da corrispondersi come sconto cortesia sulle successive fatture. L'utente non accettava la proposta e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- con l'istanza di definizione, l'utente chiedeva il rimborso di Euro 59,74 oltre interessi e svalutazione, un indennizzo per mancata risposta ai reclami di Euro 2.000,00, il risarcimento del danno per il disagio da liquidarsi in via equitativa, il pagamento delle spese legali sostenute per la fase conciliativa per Euro 775,80, oltre le ulteriori spese di giudizio;
- con la memoria del 24 novembre 2011, H3G deduceva l'infondatezza della domanda avversa, rilevando che il servizio contestato è attivabile solo dall'utente previa specifica sottoscrizione con la società che eroga il servizio. H3G rimane estranea a tale rapporto tra l'utente ed il titolare della numerazione a sovrapprezzo, che, nella fattispecie, era l'operatore Wind. Produceva la dichiarazione del fornitore del servizio contestato, evidenziando come il processo di attivazione del servizio richieda almeno tre click su altrettante pagine, non potendo

quindi l'utente invocare la propria inconsapevolezza nell'attivazione. Sottolineava che, in forza dell'Accordo Quadro sottoscritto nel 2010 da alcuni operatori telefonici ed alcuni fornitori di contenuti avente ad oggetto la gestione degli sms a sovrapprezzo, l'operatore che fornisce il servizio al cliente finale, fatturando ed incassando i relativi importi - nel caso di specie, H3G - è un soggetto che si limita a mettere a disposizione i servizi sulle utenze telefoniche di sua appartenenza, che deve pertanto essere manlevato dal titolare delle numerazioni a sovrapprezzo per danni cagionati da inadempimenti o da utilizzo non corretto delle numerazioni. Contestava inoltre le domande di indennizzo perché generiche e non documentate, oltre che aventi natura risarcitoria, precisando di aver dato riscontro alle segnalazioni dell'utente e, in ordine ai reclami scritti, osservava che gli stessi erano stati inoltrati ad un indirizzo non conforme alle pattuizioni contrattuali. Da ultimo chiedeva anche il rigetto del rimborso delle spese di procedura, trattandosi di procedura gratuita che non richiede l'assistenza di un legale e a titolo conciliativo, offriva un indennizzo di Euro 300,00 a mezzo sconto cortesia;

- con memoria del 25 novembre 2011, l'istante estendeva le domande, chiedendo un indennizzo ex art. 7 Delibera 73/11/CONS per l'attivazione del servizio non richiesto dal 1 aprile 2010 al 15 luglio 2010 e un indennizzo ex art. 11 per la mancata risposta ai reclami;
- con memoria di replica del 2 dicembre 2011, l'istante richiamava il provvedimento dell'Antitrust, non menzionato da H3G; eccepiva in via preliminare la nullità della comparsa di costituzione di H3G per difetto di rappresentanza dell'avv. Lo Turco e la nullità del deposito dell'atto di costituzione avvenuta per mezzo mail dello Studio legale Avvocati Associati Di Giovanni-Bernarduzzi perché privo di potere di rappresentanza ed estraneo al giudizio; contestava la produzione documentale delle Condizioni Generali di contratto perché non sottoscritte dalla parte; ribadiva la mancata attivazione del servizio a sovrapprezzo, sottolineando di non aver mai avuto rapporti con la società che avrebbe erogato tale prodotto, tant'è che la disattivazione del servizio avvenne a mezzo call center di H3G; evidenziava l'irrilevanza del documento prodotto dall'operatore in ordine al metodo di attivazione, ove non risulta né l'assenso dell'istante all'acquisto del prodotto, né la comunicazione scritta per l'attivazione, e l'inopponibilità dell'Accordo Quadro; in ordine ai reclami scritti, sottolineava la prova della loro avvenuta ricezione e l'inoltro al numero di fax previsto dal contratto oltre che alla sede legale; contestava la risposta al reclamo prodotta dall'operatore, mancando la prova della ricezione della comunicazione ed insisteva per il rimborso delle spese legali, essendo la tutela legale necessaria, vista la nazionalità straniera dell'utente e il merito della questione;
- all'udienza di discussione le parti si riportavano alle memorie ed il legale istruttore, constatata l'impossibilità di raggiungere un accordo, rimetteva gli atti al collegio per la decisione.
-

2. Motivi della decisione.

A. Sul rito

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

L'eccezione sollevata dall'utente di nullità della comparsa di costituzione di H3G per difetto di rappresentanza è infondata per le seguenti ragioni.

Il procedimento di definizione è un procedimento amministrativo, che prescinde dalle norme che regolano il processo civile, ed è disciplinato dalla Delibera 173/07/CONS così come modificata dalla Delibera 597/11/CONS.

La detta Delibera, all'art. 7 punto 3, richiamato dal successivo art. 14, prevede, solo per la parte istante, che l'eventuale rappresentante sia munito di una procura speciale conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata. Nessun obbligo di conferimento di procura all'eventuale rappresentante viene posto a carico dell'altro soggetto della procedura, ovvero l'operatore. Per una particolare cautela poi, è stato previsto all'art. 9 punto 1 bis introdotto dalla Delibera 597/11/CONS, che "i rappresentanti degli operatori possono indicare i propri delegati a partecipare alle udienze di conciliazione tramite comunicazione generale e preventiva al Corecom competente...". Tale cautela è stata adottata dal Corecom Lazio già prima dell'introduzione della modifica e con riferimento non solo ai procedimenti di conciliazione ma anche a quelli di definizione, mediante deposito preventivo degli atti di nomina dei procuratori generali da parte delle società di TLC.

L'atto notarile depositato da H3g, conferisce la nomina di procuratore societario, tra gli altri, all'avv. █ Lo Turco in qualità di Counseling & Litigation Director, al fine di rappresentare la società in tutti i giudizi instaurati davanti a qualunque Autorità, giudiziaria, stragiudiziale e amministrativa, tra le quali Agcom e Corecom, con tutti i poteri necessari inclusi il potere di transigere in relazione alle controversie con i consumatori e il potere di delegare a terze parti e/o conferire mandato a procuratori speciali, avvocati consulenti e tecnici per le finalità anzidette.

Parimenti infondata è l'eccezione di nullità dell'atto di costituzione dello Studio legale "Avvocati associati Di Giovanni Bernarduzzi": tralasciando la circostanza che, di fatto, lo Studio legale si è limitato a trasmettere per conto di H3G la memoria sottoscritta dal Responsabile della Direzione Affari Legali, si osservi che l'avv. Di Giovanni, congiuntamente ad altri componenti dell'associazione professionale *de qua*, risulta a sua volta formalmente delegato dal procuratore societario Lo Turco, in virtù dei poteri conferiti dall'atto di nomina, alla trattazione dei procedimenti di definizione innanzi il Corecom Lazio, con ogni necessario potere per tutto il periodo interessato dal procedimento in esame.

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

La domanda di condanna al risarcimento del danno per il disagio arrecato e per aver costretto l'utente a rivolgersi all'Antitrust, nonché ad un legale, svolta dall'istante, esula dunque dalle competenze dell'Autorità, la quale in sede di definizione delle controversie di cui alla delibera 173/07/CONS è chiamata solo a verificare la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, cui si correla il riconoscimento di un congruo indennizzo. La domanda viene pertanto rigettata.

Salvo quanto previsto al successivo Punto C, viene anche rigettata la domanda di rimborso delle spese legali sostenute per la fase conciliativa e quantificate in Euro 775,80, essendo le spese per

l'assistenza di un legale di natura facoltativa, atteso il diritto dell'utente di difendersi personalmente e gratuitamente nella procedura di conciliazione.

B. Nel merito

B.1. Sull'attivazione di servizio non richiesto

L'utente lamenta l'attivazione del servizio non richiesto di sms a sovrapprezzo "Tokito Club", dal 1 aprile 2010 al 15 luglio 2010 e chiede il rimborso delle somme corrisposte per il servizio e la liquidazione dell'indennizzo ex art. 7 della Delibera n. 73/11/CONS.

L'operatore esclude la propria responsabilità, dichiarando che il servizio sarebbe attivabile solo dall'utente previa specifica sottoscrizione e che, nel caso di specie, si tratterebbe di un servizio fornito da altro operatore titolare delle numerazioni a pagamento (Wind), obbligato a manlevare H3G da danni eventualmente cagionati da inadempimento o da utilizzo non corretto delle numerazioni a pagamento, ai sensi dell'art. 6 dell'Accordo Quadro del 2010 sottoscritto tra operatori e fornitori dei servizi.

La domanda dell'utente è fondata per le seguenti ragioni.

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Spettava dunque all'operatore provare che l'utente aveva effettivamente richiesto e sottoscritto il servizio attivato, prova che non è stata in alcun modo fornita da H3G.

Alcun valore probatorio in ordine alla richiesta di attivazione ha infatti la dichiarazione, non firmata, della Buongiorno █ - che non è provato fosse il fornitore del contenuto del servizio - dalla quale si evince unicamente la durata del servizio. Né è stato provato che l'operatore Wind fosse il titolare delle numerazioni a sovrapprezzo, a nulla valendo comunque, nel rapporto con l'istante, la disciplina dell'Accordo Quadro sottoscritto tra operatori e fornitori, non opponibile all'utente, trattandosi di un accordo di natura privata, cui quest'ultimo rimane totalmente estraneo.

A fronte della condotta dell'operatore non conforme agli obblighi contrattuali, si riconosce pertanto all'utente un indennizzo per l'attivazione del servizio non richiesto, che, ai sensi dell'art. 8.2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, viene determinato in Euro 105,00

Viene altresì accolta la domanda di rimborso degli addebiti non dovuti, pari a complessivi Euro

59,74, relativi alle fatture n. [REDACTED] del 15 giugno 2010, con scadenza 15 luglio 2010, e n. [REDACTED] del 15 agosto 2010 con scadenza 14 settembre 2010.

B.2. Sulla mancata risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami telefonici e scritti, chiedendo la liquidazione di un indennizzo di Euro 2.000,00, o della diversa somma di giustizia.

L'operatore afferma di aver dato riscontro ai reclami telefonici ed eccepisce l'invio dei reclami scritti ad un indirizzo non previsto dalle condizioni contrattuali.

La domanda dell'utente è fondata, per le seguenti ragioni.

L'utente ha effettuato formali reclami all'operatore per telefono e a mezzo raccomandata, il primo dei quali è documentato essere avvenuto il 5 luglio 2010. I successivi reclami sono inerenti il medesimo disservizio e sono tutti da ritenersi in sostanza reiterativi del primo.

L'operatore non ha dato riscontro ai reclami dell'utente, tale non potendosi ritenere l'estratto dei sistemi informatici dell'Area Clienti, dal quale risulta che l'operatore avrebbe tentato di contattare l'utente senza esito.

Né è fondata l'eccezione di invio delle comunicazioni ad un indirizzo diverso da quello previsto dal contratto, atteso che tutte le lettere risultano inviate anche al numero di fax indicato da H3G per i reclami.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche dell'articolo 23 della Carta Servizi), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una *mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Per la determinazione dell'indennizzo, considerato l'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Del. nn. 32/12/CIR, 97/12/CIR, 101/12/CIR), ai sensi dell'art. 11, comma 1 e 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che il primo reclamo scritto documentato dall'utente è del 5 luglio 2010, considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni previsti dalla Carta Servizi), e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di

conciliazione (20 maggio 2011), nella fattispecie viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 300,00.

C. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto “*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*”.

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda della sig.ra [REDACTED] Suba sia parzialmente da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 100,00 (cento), quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità 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 del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla sig.ra [REDACTED] Suba in data 7 ottobre 2011.

La società H3G [REDACTED] è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 105,00 a titolo di indennizzo per l'attivazione di servizio non richiesto, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 300,00 a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami; oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia
- c) Euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso delle spese di procedura,

La società H3G [REDACTED] è inoltre tenuta a rimborsare all'utente l'importo di Euro 59,74 per addebiti

non dovuti relativamente alle fatture descritte in motivazione, oltre interessi legali dalle date dei rispettivi pagamenti.

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'art. 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.

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.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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 comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 14 febbraio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Livio Sviben

Fto