

ATTI 1.21.1 2010/557

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 35

del 9 settembre 2011

Sono presenti i componenti del Comitato:

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

Oggetto: Definizione della controversia Giauro XXX/H3G.

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni della Lombardia

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 20 maggio 2010, con cui la sig.ra XXX Giauro 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 20 ottobre 2010 (prot. 17464/2010), 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 la nota del 10 novembre 2010 (prot. 18788/2010) con cui le parti sono state invitate a presentarsi all’udienza fissata in data 14 dicembre 2010;

VISTO il verbale della suindicata udienza del 14 dicembre 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 9 settembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia

La sig.ra XXX Giauro, nell’avviare la procedura di risoluzione della controversia in essere con H3G, ha rappresentato quanto segue:

- 1) la sig. a XXX Giauro è titolare dell’utenza H3G prepagata n. XXX, su cui è attiva dal 2 ottobre 2008 l’opzione *Naviga3 sette giorni* (che consente di effettuare gratuitamente sino a 100 megabyte di traffico internet sotto rete “3”);

- 2) in data 11 dicembre 2008, H3G addebitava all'utente l'importo di € 9,82 per traffico internet in *roaming* nazionale;
- 3) tale traffico (e il relativo addebito) veniva immediatamente contestato dalla sig.ra Giauro che, considerato l'esclusivo utilizzo del videofonino in zona sotto copertura H3G (e considerato che il medesimo apparato risulta inabilitato a funzionare in *roaming* nazionale), ritiene che le connessioni internet siano state registrate erroneamente. Tali contestazioni venivano inoltrate al servizio clienti H3G con due e-mail, una del 12 dicembre 2008 e l'altra del 12 gennaio 2009, alle quali, tuttavia, non seguiva adeguato riscontro;
- 4) perdurando il silenzio di H3G, la sig.ra Giauro presentava due distinte istanze di conciliazione presso il Corecom Lombardia, (riunite sotto l'unico protocollo n. 2225/2009), la cui procedura, tuttavia, si concludeva con esito negativo a causa della mancata comparizione della stessa parte istante (atteso che la sig.ra Giauro, benché regolarmente convocata, dichiarava di non potere partecipare ad alcun incontro di conciliazione, né personalmente, né mediante persona delegata, a causa di improrogabili impegni lavorativi e familiari).

Nella domanda di definizione presentata in data 20 maggio 2010 presso questo Corecom, la sig.a Giauro richiama le circostanze già esposte nelle istanze di conciliazione e formula le seguenti richieste:

- un indennizzo pari a € 2.208,00 per mancata risposta al reclamo scritto del 12 dicembre 2008 (calcolato moltiplicando il parametro indennizzatorio giornaliero di € 6,00 - previsto dall'art. 24 della Carta dei Servizi di H3G - per i giorni di mancata risposta a partire dal secondo giorno successivo al reclamo sino alla data dell'udienza di conciliazione), oltre a un ulteriore indennizzo da computarsi moltiplicando il parametro di € 6,00 giornalieri per tutti i giorni compresi nell'intervallo tra la data dell'udienza di conciliazione e quella di effettivo adempimento degli obblighi contrattuali da parte dell'operatore;
- il rimborso di € 9,82 addebitati alla sig. Giauro per traffico internet in *roaming* nazionale mai effettuato e subito contestato;
- l'indennizzo di € 10,00 per tale addebito erroneo;
- l'indennizzo di € 2.208,00 per "*l'omessa gestione, evasione e soluzione positiva, pertinente corretta e comunque scritta e motivata, da parte dell'onerata H3G spa, al reclamo circa il disservizio Naviga3 settegiorni dell'11 dicembre 2008 e coevo indebito addebito dati, inviato per e-mail il 12 dicembre 2008*" (oltre a un ulteriore indennizzo da computarsi moltiplicando il parametro di € 6,00 giornalieri per tutti i giorni compresi nell'intervallo tra la data dell'udienza di conciliazione e quella di effettivo adempimento degli obblighi contrattuali da parte dell'operatore);
- il pagamento di € 160,00, quale somma forfettaria attribuibile agli interessi legali maturati dal 14 dicembre 2008 sino alla data di presentazione dell'istanza di definizione;
- il pagamento di complessivi € 550,00, quale somma forfettaria, a titolo di rimborso delle spese sostenute per la procedura di conciliazione e definizione;

A seguito della comunicazione di avvio del procedimento, l'operatore H3G, con memoria del 19 novembre 2010, contesta tutte le doglianze della parte istante, precisando che i tabulati del traffico (di cui è prodotta copia da entrambe le parti) confermano le connessioni internet generate dall'utenza n. XXX nella giornata dell'11 dicembre 2008 sotto *roaming* nazionale GPRS (oltre la soglia prevista dall'opzione *Naviga3*"), e ribadendo che non sono state rilevate anomalie da cui inferire l'irregolarità di tali connessioni e dei relativi addebiti.

Inoltre, H3G sostiene di avere dato riscontro in maniera esaustiva ai reclami della sig.ra Giauro mediante e-mail (di cui produce copia) e contesta la mancanza di proporzionalità e l'assoluta inopportunità della somma richiesta dall'utente a titolo di indennizzo.

Con la memoria del 17 novembre 2010 e la successiva nota di replica pervenuta il 13 dicembre 2010, la sig.ra Giauro, tramite il proprio delegato dott. XXX Carmeni, ribadito che il terminale utilizzato dall'istante è abilitato a funzionare solo sotto copertura di rete "3" Italia e solo in modalità UMTS, sottolinea come H3G, benché onerata, non abbia prodotto alcuna prova certa atta a dimostrare il corretto funzionamento del telefono (e di conseguenza della correttezza delle connessioni e dei relativi addebiti), o la presenza di sistemi di avviso relativi alle "modalità di addebito e di consumo del traffico dati di quel dato momento tramite l'opzione *Naviga3 settegiorni*", o di meccanismi di blocco atti a prevenire l'eventuale traffico extra soglia, né abbia dimostrato di avere gestito e sanato il disservizio lamentato dall'utente, rimborsando l'importo contestato, o di avere adeguatamente riscontrato in forma scritta i reclami e le richieste di indennizzo e rimborso inoltrate dalla sig.ra Giauro.

Nella nota di replica del 13 dicembre 2010 l'istante aggiorna le proprie richieste indennizzatorie alla data fissata per l'udienza di discussione (14 dicembre 2010), quantificandole in complessivi € 8.880,00 (oltre al rimborso di € 9,82).

Durante l'udienza del giorno 14 dicembre 2010, la parte istante (intervenuta tramite proprio delegato in *conference call*), propone di ridurre le proprie richieste di indennizzo ad € 4.000,00; l'operatore, intervenuto all'udienza tramite proprio legale, si dichiara disponibile a corrispondere a favore dell'istante la somma di € 500,00, anche sotto forma di ricarica omaggio.

Stante il rifiuto dell'utente, la controversia veniva inviata a definizione.

Valutazioni in ordine al caso in esame

La controversia in esame concerne due ordini di contestazioni mosse dall'utente nei confronti dell'operatore: **1)** l'addebito di € 9,82 per traffico internet in *roaming* nazionale; **2)** il mancato riscontro ai due reclami scritti con cui l'istante, contestando l'addebito, ne richiede l'immediato rimborso unitamente a un adeguato indennizzo.

1) In merito al traffico internet in *roaming* nazionale

In linea generale, si rammenta che in caso di rituale contestazione, nelle forme previste dal contratto, del traffico ritenuto anomalo, l'operatore deve fornire la prova della sua debenza; diversamente, l'utente ha diritto allo storno delle fatture ovvero al rimborso degli importi eventualmente versati.

Nel caso di specie, la sig.ra Giauro, accortasi dell'addebito eccedente l'opzione tariffaria prescelta, e verificata, attraverso pagina web dedicata, la sussistenza di traffico sotto altro operatore in realtà non effettuato, ha provveduto immediatamente a contestarne la correttezza. L'istante sostiene infatti di avere utilizzato il proprio cellulare in data 11 dicembre 2008 – cioè in corrispondenza della produzione del traffico in *roaming* nazionale – presso la propria abitazione, ossia in una zona da sempre coperta dalla rete H3G e dove non si sono riscontrati problemi di copertura di rete. Dichiara altresì che il proprio cellulare risulta inabilitato a funzionare sotto rete di altri operatori.

A fronte di tali contestazioni, l'operatore H3G, né in sede di risposta ai reclami (per cui si rimanda al punto n. 2 della presente relazione), né, successivamente, nella memoria inoltrata in data 18 novembre 2010, ha fornito adeguata prova relativa alla regolarità del traffico registrato come effettuato sotto copertura di altro operatore: i tabulati pubblicati sulla pagina web dedicata (prodotti da entrambe le parti) non offrono in tal senso un sufficiente supporto probatorio, in quanto non possono essere considerati idonei a certificare l'effettiva correttezza delle connessioni in esse descritti. Come è stato più volte ribadito dall'Autorità, richiamando diversi pronunciamenti della Cassazione, la bolletta – e per analogia il dettaglio traffico contenuto nella pagina web dedicata – non costituisce un negozio di accertamento idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione; a fronte di una rituale contestazione degli addebiti da parte dell'utente, sussiste quindi, in capo all'operatore, l'onere di provare l'esattezza dei dati posti alla base delle somme addebitate (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313): le

risultanze del contatore centrale non costituiscono piena prova se contestate, ed il disconoscimento dei dati registrati determina lo scadimento della prova legale a presunzione semplice della rappresentazione e la necessità, ai fini probatori, di ulteriori elementi (Cass. Civ. 8 luglio 1994, n. 6437).

Nel caso di specie, a fronte del richiamato onere che, nella gestione del reclamo sul traffico, impone agli operatori di fornire ogni adeguata spiegazione sulle somme addebitate e di documentare adeguatamente le proprie affermazioni, si deve evidenziare che l'operatore H3G non solo nell'attività di gestione del cliente non ha agito in base al principio della trasparenza cui sarebbe tenuto ai sensi dell'art. 4, della Delibera 179/03/CSP, in quanto, a fronte delle richieste della sig.ra Giauro, non ha fornito i chiarimenti dovuti, ma, anche in sede di procedura di definizione della controversia, si è limitato ad affermare la correttezza del traffico e degli addebiti effettuati, senza produrre alcuna prova idonea e decisiva a sostegno delle proprie affermazioni.

Inoltre va sottolineato che H3G, limitandosi ad affermare che ogni terminale in uso agli utenti evidenzia chiaramente sul display il nominativo dell'operatore sotto il quale si sta procedendo alla navigazione, non ha fornito prova dell'effettiva sussistenza di sistemi di avviso relativi alle modalità di connessione, o di strumenti controllo dei livelli di consumo legati all'utilizzo del servizio (di cui all'art. 6 della Delibera 179/03/CSP), né ha espressamente contestato la circostanza secondo la quale il telefono della sig. Giauro non fosse abilitato a funzionare in roaming nazionale.

Da quanto sin qui considerato, si ritiene fondata la richiesta dell'istante ad ottenere il rimborso della somma di importo pari ad € 9,82, prelevata da parte di H3G dalla carta di credito della Sig.ra Giauro.

2) Sulla mancata risposta ai reclami

Va premesso che i reclami scritti inoltrati dall'istante via e-mail (del 12 dicembre 2008 e del 12 gennaio 2009), considerata l'identità dell'oggetto e le richieste in essi formulate, vanno considerati come un unico reclamo, a far data dal primo.

In relazione ad essi, l'istante lamenta la totale mancanza di riscontri, mentre l'operatore sostiene di avere fornito risposta al primo reclamo, producendo copia della e-mail inviata all'indirizzo della sig. Giauro in data 26 dicembre 2008, in cui si conferma la correttezza della connessione in *roaming* nazionale eseguita dall'utenza n. XXX in data 11 dicembre 2008 e degli addebiti ad essa relativi (come da piano tariffario vigente), e si rigettano, implicitamente, le contestazioni dell'utente.

In merito a questa comunicazione, tuttavia, va rilevato che essa non può dirsi conforme a quanto prescritto dalla delibera 179/03/CSP in materia di corretta gestione dei reclami. Come è noto, in base a quanto disposto dall'art. 8, comma 4 di tale Delibera, il riscontro al reclamo presentato da un utente, oltre a dovere essere fornito entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in caso di rigetto deve essere dato in forma scritta, deve essere *adeguatamente motivato* e *deve indicare gli accertamenti compiuti*. Questi ultimi requisiti, volti a garantire all'utente una risposta chiara ed esaustiva e dunque idonea 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, non sono riscontrabili nella comunicazione di H3G, che nulla aggiunge a quanto già emerge dai dati di traffico riportati sulla pagina web dedicata, e non fornisce alcuna indicazione in merito agli accertamenti compiuti né soddisfa le specifiche richieste di chiarimento. Si tratta, invero, di un riscontro generico che si traduce di fatto – anche alla luce della reiterazione del reclamo da parte dell'utente, non più riscontrato – in una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, e che fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo “da mancata risposta al reclamo” (anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi).

Ciò posto, per la determinazione della misura di tale indennizzo, atteso che non risulta applicabile al caso di specie la disciplina stabilita dal c.d. Regolamento Indennizzi, di cui alla Delibera 73/11/CONS (in quanto l'istanza di definizione è stata presentata in data anteriore alla sua entrata in vigore), è opportuno richiamare i principi fondamentali che in più occasioni sono stati affermati sul punto dall'Autorità e dei Corecom delegati.

È ormai pacifico che il computo della misura dell'indennizzo possa prescindere dal limite previsto dalla Carta Servizi dell'operatore, laddove la relativa applicazione violi, in termini di adeguatezza, il principio di *proporzionalità*, quale corrispondenza dell'indennizzo erogato al pregiudizio subito. Tale corrispondenza, sempre secondo l'orientamento ormai consolidato delle deliberazioni dell'Autorità, va peraltro valutata 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.

Al tempo stesso, è principio sovente richiamato e applicato dall'Autorità quello per cui nella determinazione della misura dell'indennizzo non si può prescindere dalla valutazione complessiva della fattispecie e dalle ripercussioni che, secondo un criterio di *ragionevolezza*, derivano dal difetto di interlocuzione tra utente e operatore, *“dovendosi impedire che da tale incomunicabilità con l'operatore – certamente imputabile a quest'ultimo in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate”* (cfr. Delibera Agcom 4/11/CIR; Delibere Corecom Lazio n. 29/10/CRL, 35/10/CRL, 10/11/CRL).

Per una corretta applicazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza sopra richiamati al caso in esame, si ritiene debbano essere presi in considerazione e valutati i seguenti elementi: a) il carattere residenziale dell'utenza interessata dal traffico contestato; b) l'unicità dell'episodio di traffico ritenuto anomalo; c) l'esiguità del relativo addebito (€ 9,82); d) la reiterazione del reclamo (presentato in due occasioni, a distanza di un mese l'una dall'altra); e) l'esistenza di una (parvenza di) risposta, quantunque inadeguata e insufficiente a fornire prova, da parte dell'operatore.

Accanto a tutti questi aspetti della controversia, va poi considerato che, nel caso di specie, per quanto vi sia stato un difetto di comunicazione tra le due parti contrattuali, l'inadempimento che si è verificato non ha inficiato la prestazione principale dell'accordo, dato che l'utente, in attesa dell'adeguata gestione del reclamo, ha comunque potuto continuare ad utilizzare i servizi acquistati e non ha più riscontrato anomalie di traffico sull'utenza interessata (cfr. in tal senso le Delibere Agcom n. 4/11/CIR e n. 111/10/CIR).

Alla luce di tutto quanto premesso nonché del 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, può ritenersi *ragionevole e proporzionato* stabilire, per la mancata risposta al reclamo inoltrato dall'istante, un parametro di indennizzo ridotto ad 1/3 rispetto a quello ordinario (di € 6,00) previsto dalla Carta dei Servizi del gestore, tenendo conto della relativa gravità dell'inadempimento e – soprattutto – delle contenute conseguenze che da esso sono derivate in termini di effettività delle prestazioni contrattuali (in senso conforme si veda la Delibera Agcom n. 4/11/CIR).

Il parametro indennizzatorio giornaliero di euro € 2,00, così come sopra individuato, va moltiplicato per tutti i giorni intercorrenti tra il 46° giorno successivo alla ricezione del reclamo da parte del gestore (corrispondente al 31 gennaio 2009) e la data dell'udienza di conciliazione (17 dicembre 2009); l'indicazione di tale data come limite temporale cui rapportare la quantificazione dell'indennizzo deriva dal fatto che l'udienza di conciliazione, come è noto, costituisce un'occasione utile ad entrambe le parti del procedimento e, soprattutto all'utente, per poter interloquire sul proprio specifico caso. E' altresì noto che la partecipazione a tale udienza può essere agevolmente delegata a soggetti terzi, qualora l'utente sia nella impossibilità di parteciparvi personalmente. La partecipazione – dell'utente personalmente o di suo delegato –

infine, costituisce un onere per l'utente, le conseguenze del cui mancato assolvimento non possono ricadere sul gestore che all'udienza abbia invece partecipato, come è appunto accaduto nel caso in esame.

Dunque, considerando il totale di 320 gg. compresi tra il 31 gennaio 2009 e il 17 dicembre 2009, si determina un importo complessivo pari ad € 640,00, quale indennizzo da riconoscere all'utente per mancata risposta al reclamo.

3) Spese di procedura.

Considerate la mancata comparizione dell'utente all'udienza di conciliazione (sia personalmente sia mediante proprio delegato) e la partecipazione del delegato della sig.ra Giauro all'udienza di discussione in *conference call*, e considerato altresì che l'istante non documenta i costi sostenuti di cui chiede il rimborso, si deve ritenere che le spese di procedura debbano essere compensate tra le parti.

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 le spese di procedura debbano esse compensate tra le parti;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

La società H3G è tenuta, a favore della sig.ra XXX Giauro, a:

- 1) rimborsare la somma di € 9,82, indebitamente addebitata;
- 2) corrispondere la somma di € 640,00 a titolo di indennizzo per inadeguata risposta ai reclami scritti.

Le somme di cui ai precedenti punti 1) e 2) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

Spese compensate tra le parti.

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

Il Dirigente dell'Unità specialistica
Marilena Fiengo