



*Autorità per le Garanzie
nelle Comunicazioni*

*Consiglio Regionale
della Calabria*

Comitato Regionale per le Comunicazioni

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 7

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxxx c/ H3G xxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 16.01.2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente
Dott. Paolo Posteraro	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali del Comitato;

Visti:

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 di approvazione del testo del codice civile;

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, lett. a), n. 14;

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";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Corecom" e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/Cons, "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

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

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;



*Autorità per le Garanzie
nelle Comunicazioni*

*Consiglio Regionale
della Calabria*

Comitato Regionale per le Comunicazioni

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Corecom Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

Viste le istanze del 11 marzo 2011, acquisite al prot. Corecom Calabria n. 12825 e 12827, con cui il sig. XXX XXXX ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società H3G XXXX., ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons e succ. modif. ed int.;

Viste le note del 23 marzo 2011 (prot. n. 14566/11 e 14564/11), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

Visto, altresì, l'avviso di convocazione (prot. n. 32694 del 30 giugno 2011) con cui il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 19 luglio 2011, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 19 luglio 2011, con riserva di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la controversia;

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

considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con due istanze, il dott. XXXX XXXX promuoveva, dinanzi al Corecom Calabria, due procedimenti di conciliazione nei confronti della società H3G XXX. La conciliazione si concludeva con esito negativo.

L'11 marzo 2011, l'istante demandava all'adito Corecom la definizione della controversia depositando all'uopo due GV14.

Con l'avviso di convocazione del 30 giugno 2011 (prot. n. 32694), Questo Co.re.Com. disponeva la riunione dei fascicoli perché soggettivamente e/o oggettivamente connessi.

Esponeva il ricorrente, di aver stipulato con H3g due contratti - per utenza telefonica mobile - per le numerazioni n. XXX XXXXXXXX e XXX XXXXXXXX (di seguito, **rispettivamente prima e seconda utenza**), categoria consumer.

In particolare, le doglianze riguardavano:

- 1) per la prima utenza, la disattivazione del servizio di trasferimento di chiamata e di conference call dal 03 ottobre 2007;

- 2) per la seconda utenza, la mancata attivazione del servizio di trasferimento di chiamata e di conference call dal 12 febbraio 2009 (data di stipula del contratto con H3G);
- 3) per la prima utenza la mancata ed esaustiva risposta scritta ai due reclami (uno per ciascun disservizio) inviati via fax il 30 novembre 2010;
- 4) per la seconda utenza la mancata ed esaustiva risposta scritta ai due reclami (uno per ciascun disservizio) inviati via fax il 09 dicembre 2010.

Di tal guisa, l'utente richiedeva, relativamente alla prima utenza:

- a) l'indennizzo di sei euro al giorno con decorrenza dal 03 ottobre 2007, per l'asserita illegittima interruzione di ogni servizio (per un totale di due distinti indennizzi);
- b) l'indennizzo di sei euro al giorno per la mancata risposta a ciascun reclamo (sempre per un totale di due distinti indennizzi), a decorrere dal 15 gennaio 2011 (cioè dal 45mo giorno successivo all'invio, da parte dell'utente, dei due fax di reclamo, entrambi inoltrati il 30 novembre 2010), sino alla pronuncia di definizione o, in subordine, sino alla scadenza del centocinquantesimo giorno successivo alla proposizione della presente istanza;
- c) La corresponsione di € 500,00, a titolo di spese di procedura, per ognuna delle due pratiche inerenti due diversi disservizi e reclami.

Con riferimento alla seconda utenza, il dott. XXXXX domandava:

- I) l'indennizzo di sei euro al giorno, a decorrere dal 12 febbraio 2009, per l'asserita illegittima interruzione di ogni servizio (per un totale di due distinti indennizzi);
- II) l'indennizzo di sei euro al giorno per la mancata risposta a ciascuno dei due reclami (sempre per un totale di due distinti indennizzi) - a decorrere dal 24 gennaio 2011 (cioè dal 45mo giorno successivo all'invio, da parte dell'utente, dei due fax di reclamo, entrambi inoltrati il 09 dicembre 2010), sino alla pronuncia di definizione o, in subordine, sino alla scadenza del centocinquantesimo giorno successivo alla proposizione della presente istanza;
- III) La corresponsione di € 500,00, a titolo di spese di procedura, per ognuna delle due pratiche inerenti i due diversi disservizi e reclami.

Allegava alle istanze di definizione, tra l'altro, le copie dei reclami e la copia di due messaggi informativi scaricati dal sito di H3G. Nel primo, del 16 novembre 2009, venivano descritte le modalità di fruizione del servizio di trasferimento di chiamata. Nel secondo, stampato il 19 marzo 2008, veniva illustrato il servizio di conference call, con l'aggiunta della seguente indicazione: *"il servizio è già disponibile al momento dell'attivazione della carta Usim 3"*.

H3G XXX., tempestivamente costituita, domandava il rigetto delle avverse domande affermando per la prima utenza che:

- a) in conformità a recenti orientamenti espressi dall'Agcom, i due servizi (trasferimento di chiamata e conference call) rivestivano natura accessoria e la loro sospensione non ingenerava ripercussioni sull'erogazione del servizio;
- b) il trasferimento di chiamata veniva sospeso a tutta la clientela, *"al fine di arginare comportamenti anomali e fenomeni di congestione della rete"*;
- c) il servizio conference era stato sospeso a seguito della presentazione di una denuncia-querela alla polizia postale, proposta *"al fine di scongiurare comportamenti anomali finalizzati ad un uso improprio del servizio e fenomeni di congestione della rete"*;
- d) il conference call era stato riattivato il 01 aprile 2011 ed il trasferimento di chiamata il 06 aprile 2011;

Con riferimento alla seconda utenza, H3G XXX., affermava all'uopo che:

- e) i servizi mai erano stati disattivati o sospesi al ricorrente, giacchè non erano più fruibili, per la generalità della clientela, dal 3 ottobre del 2007;
- f) tali servizi non erano stati attivati *ab origine* sull'utenza e, di tal guisa, il ricorrente non avrebbe potuto subire un pregiudizio per la sospensione di un servizio mai concesso;
- g) il trasferimento di chiamata veniva sospeso a tutta la clientela, "*al fine di arginare comportamenti anomali e fenomeni di congestione della rete*";
- h) il conference call, poi, era un servizio totalmente gratuito la cui disattivazione non aveva arrecato alcun danno alla clientela;
- i) il servizio conference era stato sospeso a seguito della presentazione di una denuncia-querela alla polizia postale, proposta "*al fine di scongiurare comportamenti anomali finalizzati ad un uso improprio del servizio e fenomeni di congestione della rete*";
- j) il conference call veniva attivato il giorno 5 aprile 2011;
- k) il trasferimento di chiamata era attivato, invece, il 7 aprile 2011.

In particolare, il Gestore produceva: copia del codice delle comunicazioni elettroniche, della carta dei servizi, delle condizioni generali di contratto, del piano tariffario, della denuncia querela inoltrata alla polizia postale. Per entrambe le utenze, viceversa non produceva alcuna documentazione probatoria a comprova dell'intervenuto riscontro ai quattro reclami scritti allegati dall'utente, due per ciascuna utenza.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

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

Si rammenta, altresì, 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, giacchè è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante meritano parziale accoglimento, come da dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia mobile, tipo *consumer*. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione "*una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose*" (**art. 1559 c.c.**).

Nell'ambito del contratto le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

2.1 Con riferimento alla mancata fornitura del servizio di trasferimento di chiamata e di conference call sulla seconda utenza.

Per ragioni di ordine logico-giuridico, legate alla continenza in punto di fatto e di diritto degli antecedenti storici, comuni alla doglianza trattata nel corso del presente capo e del successivo, nonché per motivi di comodità espositiva, viene propedeuticamente analizzata la problematica inerente la seconda utenza, disattendendo la sequenza cronologica degli avvenimenti.

Il dott. XXXX, come visto, lamenta la mancata attivazione dei due servizi.

Tali servizi non sono stati forniti all'utente *ab origine*, stante la sospensione generalizzata del 3 ottobre 2007. Ciò nonostante il ricorrente propone domanda per la corresponsione di un indennizzo ed a fondamento allega due stampe - una eseguita il 19 marzo 2008 e l'altra il 16 novembre 2009 - di una pagina del sito internet "3", nella quale sono illustrate le modalità d'uso e di attivazione dei servizi.

In particolare, per il trasferimento di chiamata, il consumatore produce una stampa ove si legge: "*omissis...Modifica quando vuoi le impostazioni del servizio, digitando i codici direttamente sul videofonino. Puoi attivare il servizio di trasferimento di chiamata in 4 modi diversi....omissis...consulta la guida d'uso per vedere se il tuo videofonino supporta il servizio*". Il messaggio riguardante il servizio di conference call, pur assumendo lo stesso tenore reca, tuttavia, l'indicazione aggiuntiva dell'immediata disponibilità del servizio.

Le doglianze dell'utente affondano le proprie radici nella nota delibera n. **19351 del 23 dicembre 2008**, emanata dall' **Antitrust**. In tale occasione, il Garante della Concorrenza e del Mercato sanzionava come pratica commerciale scorretta un messaggio pubblicitario diffuso da H3G sul proprio sito - inerente il servizio di "conference call" - avente pari contenuto a quello odieramente prodotto. Secondo l'autorevole giudizio del Garante, la scorrettezza della pratica era imputabile alla presenza - all'interno del messaggio - della seguente indicazione: "*il servizio è già disponibile al momento dell'attivazione della carta USIM 3*".

Orbene, il messaggio sul servizio di trasferimento di chiamata - allegato dall'utente al GU14 - non riportava (o non riportava più) quella frase. Il messaggio concernente il servizio di conference call, invece, - stampato il 19 marzo 2008 - recava ancora quell'indicazione.

Tuttavia, a mente della **delibera 19351**, il messaggio veniva modificato sul sito dello scrivente e la locuzione (sul servizio conference) eliminata perlomeno dal mese di giugno 2008. Scrive, infatti, l'Autorità: "*La società H3G ha provveduto altresì a modificare il messaggio oggetto di contestazione. In particolare, la pagina internet segnalata (verbale di acquisizione agli atti dell'8 giugno 2008), reca la seguente indicazione: "il servizio non è disponibile al momento dell'attivazione della carta USIM 3. Per maggiori informazioni e per attivare il servizio visita un Negozio 3 o chiama il Servizio Clienti 3"*.

Alla data di attivazione dell'utenza (12 febbraio 2009), quindi, il messaggio sul conference call non riportava più la frase contestata.

In forza di un'interpretazione analogica della **delibera n. 19351**, poi, il messaggio sul conference call, nella sua nuova versione (cioè senza la frase ritenuta scorretta), non è *ex se* idoneo a falsare il comportamento del consumatore.

A tale proposito, senza pretesa alcuna di sconfinare nell'alveo delle competenze dell'**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**, si rammenta che a mente dell'**art. 20 del codice del consumo**: "*Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*". In altre parole, la potenzialità lesiva di una pratica commerciale emerge solo ove la stessa sia in grado di indurre il consumatore medio alla conclusione di un contratto che, diversamente, non avrebbe concluso. Il messaggio sul conference call, nella sua nuova formulazione è, pertanto, inidoneo ad indurre in errore il consumatore.

Lo stesso ragionamento va esteso al messaggio sul trasferimento di chiamata.

D'altro canto, da un punto di vista soggettivo, la scarsa potenzialità lesiva dei due messaggi può essere agevolmente desunta alla luce dell'esperienza maturata dall'utente. Quest'ultimo, come vedremo sub. 2.2, era in possesso di altra utenza (la prima), ove i due servizi erano stati già sospesi ben 16 mesi prima dell'attivazione della presente numerazione. L'attivazione della nuova utenza, dunque, è avvenuta quando il consumatore ben conosceva la problematica, avendo già sperimentato la sospensione dei due servizi da parte del gestore. Alla luce di ciò, non appare sostenibile l'idoneità di tale messaggio a fuorviare il comportamento dell'utente.

L'istante, inoltre, argomenta ulteriormente la sua domanda, ancorandola a recenti delibere, quali la 55/09/CIR. La fattispecie esaminata dall'Autorità è, però, differente da quella odierna, sebbene presenti con quest'ultima numerose analogie.

Innanzitutto, il servizio disattivato è solo quello della conference call.

Similarmente all'ipotesi in esame, la fonte della mancata fornitura del servizio è sempre la stessa (la sospensione del 3 ottobre 2007).

Diversamente, però, dalla questione affrontata *illo tempore* dall'Autorità, il caso odierno non riguarda un'utenza ove il servizio, già attivo, era stato sospeso, **bensì il diverso caso di un nuovo utente a cui i servizi non vengono offerti sin dal primo giorno senza che sussistesse alcuna previa richiesta del ricorrente in tal senso.**

Il nodo cruciale della problematica affrontata con la delibera n. 55/09/CIR è legato, in altre parole, alla sospensione di un servizio senza congruo preavviso. Scrive in proposito l'Autorità: "A ciò si aggiunga che l'operatore non ha dato all'utente un congruo preavviso in merito alla sospensione del servizio, interrompendolo *ex abrupto* senza fornirgli alcuna precisa giustificazione in merito".

Più recentemente, poi, l'Agcom, con la nota delibera 16/11/CIR, sempre riguardo alla medesima ipotesi (sospensione di un servizio già attivo senza preavviso), ha così motivato l'accoglimento parziale dell'istanza: "*omissis ... la società H3G non ha prodotto alcuna documentazione probatoria idonea a giustificare la sospensione, senza preavviso, del servizio di conference call*".

Orbene, l'Autorità esaminava anche qui una controversia ove veniva disattivato il servizio di conference call, per effetto dell'anzidetta sospensione generalizzata del 3 ottobre 2007. L'utente, prima di quella data, aveva però avuto - diversamente dal caso odierno - la possibilità di usufruire del servizio, giacché già attivo.

Da una diversa angolazione, emerge, poi, l'esigenza di valutare il comportamento complessivo dell'utente. Il dott. XXX, infatti, avrebbe potuto - senza costo alcuno - recedere dal contratto, stante la mancata erogazione di servizi da lui ritenuti essenziali, laddove ha proseguito nel suo rapporto con H3G, senza dolersi della mancata fruizione, se non dopo molti mesi. Il comportamento complessivo dell'utente, dunque, è tale da far presumere che il godimento del servizio negato rivestisse, invero, scarso valore. **Il consumatore, infatti, ha atteso ben 22 mesi prima di scrivere al gestore.** Ove fossero stati, invece, realmente dei servizi essenziali, **i reclami (anche telefonici) dell'utente sarebbero stati immediati, frequenti, documentati con l'indicazione del giorno del contatto ed infine, avrebbero condotto, qualora inevasi, all'immediato recesso contrattuale.**

In generale nell'ambito della teoria del contratto, produce effetti solo il comportamento di entrambe le parti. Secondo autorevole dottrina (Vincenzo Roppo), però, "*il comportamento di una sola parte può tuttavia rilevare se manifesta un significato contrario all'interesse di chi lo tiene*". Di tal guisa, questo Corecom intende richiamare il noto brocardo "*Plus actum quam scriptum valet*", in un'accezione diversa. Il comportamento dell'utente viene valutato ai fini di una pronuncia di equità. L'ordinamento giuridico in generale ed il codice del consumo in particolare fissano, infatti, dei precisi termini decadenziali per far valere i vizi o le difformità di un bene o di un servizio. Ciò proprio al fine di garantire la certezza del diritto e ovviare ad eventuali abusi.

D'altronde, la stessa Agcom nella citata definizione 16/11/CIR, ha tenuto in debito conto il comportamento complessivo dell'utente, così autorevolmente pronunciando: "*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...omissis".

La richiesta di indennizzo, per la mancata fornitura dei due servizi, in ossequio a criteri di equità e ragionevolezza va, dunque, rigettata.

2.2 Sulla mancata fornitura del servizio di trasferimento di chiamata e di conference call sulla prima utenza.

Il dott. XXX, come visto, lamenta la sospensione senza preavviso dei due servizi, ritenendoli, però, erroneamente servizi fondamentali.

I principali servizi base erogati su reti radiomobili sono la fonia, l'accesso ad Internet e gli SMS.

Il trasferimento di chiamata e il conference call, invece, diversamente da quanto dedotto dall'utente, sono inequivocabilmente servizi accessori, come indicato anche nelle condizioni generali di contratto di H3G.

Tali servizi, però, erano stati dapprima garantiti all'utente e poi, per effetto della sospensione generalizzata precedentemente illustrata, venivano sospesi.

Viene qui in rilievo, dunque, una fattispecie diversa da quella esaminata sub 2.1.

La condotta di H3G è nella fattispecie illegittima.

L'eccezione avanzata dal gestore, in merito a presunte condotte fraudolente di terzi, non investe il rapporto contrattuale interessato dalla presente pronuncia. L'assunto di H3G appare, pertanto, privo di pregio giuridico.

La società telefonica non offre, infatti, a Questo Co.re.com. alcun valido riscontro probatorio volto a supportare la tesi di un presunto tentativo di frode, abuso o irregolarità commesso dall'utente durante l'uso del servizio conferenze o del trasferimento di chiamata.

A tale proposito, l'art. 26 della Carta Servizi H3G, recita espressamente che: "3 si riserva in qualsiasi momento il diritto di inibire temporaneamente o definitivamente l'accesso dei propri Clienti a quei Servizi per i quali, a suo giudizio, si sia verificato: a) un utilizzo improprio; b) la violazione di quanto specificamente evidenziato nella presente Carta; c) un atto fraudolento, illegale, o comunque dannoso per la società. Di queste decisioni 3 fornirà comunicazione agli altri soggetti, ai Fornitori, alla Clientela e alle Autorità".

Orbene, anche supponendo la previsione - ex **lettera c)** dell'anzidetto articolo - di un presunto diritto potestativo del gestore di inibire il servizio senza limite alcuno e sia pur trascendendo dai legittimi dubbi in merito alla vessatorietà o abusività di siffatta clausola, affiora un'ulteriore e decisiva argomentazione che pone agevolmente fine all'improbabile impasse: la sospensione del servizio non è stata preceduta da congruo preavviso, così come previsto dall'anzidetto art. 26 e, soprattutto, come imposto dalla normativa regolamentare ex art. 5 delibera 173/07/CONS.

L'inesistenza del preavviso è dimostrata per il mancato assolvimento, da parte del Gestore, dell'onere della prova posto a suo carico.

Numerosi sono i precedenti dell'Autorità diretti a indennizzare gli utenti in presenza di siffatta violazione.

L'Agcom, infatti, con la nota delibera 16/11/CIR, sempre riguardo alla medesima ipotesi (sospensione di un servizio già attivo senza preavviso), ha così motivato l'accoglimento parziale dell'istanza: "omissis ... la società H3G non ha prodotto alcuna documentazione probatoria idonea a giustificare la sospensione, senza preavviso del servizio di conference call".

Invero, nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui "in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato

dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (Cass. Civ. n.2387/04; conf. Cassazione civile, sezione II, 20 gennaio 2010 n.936).

In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, giacché lo stesso non ha provato – giusta previsione ex art. 1218 c.c. – che "l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Analizzando il capo di domanda inerente la misura dell'indennizzo, l'istante domanda l'applicazione dei criteri indennitari adottati con la predetta delibera n. 55/09/CIR.

In tale delibera, l'interruzione del servizio conference senza congruo preavviso viene indennizzata nella misura di sei euro al giorno *pro-die*. L'utente rimanda, pertanto, espressamente agli stessi criteri di quantificazione, ritenendoli anche uno sviluppo della volontà contrattuale delle parti. Se così fosse, però, l'indennizzo dovrebbe tenere conto dei massimali quantificati nella carta, mentre la delibera in esame prescinde da tali tetti massimi in un'ottica di maggior favore dell'utente. L'Autorità, in altre parole, agendo nell'ambito regolamentare, ha ritenuto proporzionato ed aderente al caso specifico la corresponsione di un indennizzo di sei euro al giorno. La decisione, siccome altre similari, rimane però, confinata ad un determinato periodo storico e superata dai nuovi indirizzi.

Alla luce dei più recenti orientamenti dell'Agcom, infatti, la quantificazione dell'indennizzo, così come richiesta dal ricorrente, appare eccessiva.

Nella cit. delibera 16/11/CIR, l'Autorità, come visto, operando un netto *revirement* rispetto alla 55/09 – già preannunciato da altre autorevoli pronunce – parametrava l'indennizzo alla natura meramente accessoria del servizio, quantificandolo nella misura di un euro *pro-die*.

Appare, dunque, più aderente al significato normativo ed alla fattispecie esaminata, ricondurre l'indennizzo entro limiti ragionevoli in considerazione della natura accessoria dei due servizi.

Il ricorrente deduce, inoltre, la sopportazione di un pregiudizio legato ad esigenze specifiche imposte dalla particolare professione esercitata. Orbene, l'ambito della definizione, come già esposto sub. 1), è limitato agli indennizzi e non investe il risarcimento del danno. Il risarcimento, com'è noto, è diretto all'integrale riparazione del danno, laddove l'indennizzo realizza solo un ristoro parziale.

L'indennizzo, così come successivamente quantificato, appare pertanto aderente alla fattispecie concreta anche per due ulteriori ragioni.

La prima di ordine soggettivo legata al (già dedotto) comportamento dell'utente, dal quale non emerge un particolare interesse legato alla fruizione del servizio. **Il consumatore, infatti, ha atteso oltre tre anni prima di scrivere al gestore.** Come già visto a proposito dell'altra utenza, il dott. XXX dinanzi a tale disservizio avrebbe potuto liberamente recedere dal contratto, laddove ha proseguito nel suo rapporto con H3G, senza dolersi della mancata fruizione, se non dopo tre anni. Non appare pleonastico, dunque, ribadire che ove fossero stati, invece, realmente dei servizi essenziali, **i reclami (anche telefonici) dell'utente sarebbero stati immediati, frequenti, documentati con l'indicazione del giorno del contatto ed infine, avrebbero condotto, qualora inevasi, all'immediato recesso contrattuale.**

La seconda considerazione è connessa alla natura privata dell'utenza. Tale tipologia contrattuale prescinde da un legame con attività lavorativa esercitata. La ponderazione degli interessi in gioco

è diversa laddove emerga un'utenza business, in grado di far lievitare la misura dell'indennizzo per la stretta connessione ontologica tra la fruizione del servizio e l'esercizio della professione.

Il gestore, tuttavia, non ha osservato la normativa regolamentare, omettendo di preavvisare l'utente della sospensione dei servizi, rendendosi inadempiente.

La domanda di indennizzo, per la sospensione dei due servizi, pertanto, è fondata e trova parziale accoglimento, poiché si regge su presupposti di fatto e di diritto diversi da quelli esaminati al capo 2.1.

Tuttavia le anzidette ragioni, legate alla natura accessoria del servizio ed al comportamento dell'utente, rendono equa la corresponsione di un indennizzo di un euro al giorno, per ciascun servizio arbitrariamente sospeso.

2.3 Sulla mancata risposta ai reclami per le due utenze.

L'utente produce le copie di alcuni reclami scritti trasmessi alla società resistente via fax, uno per ciascun disservizio (per un totale di quattro reclami). I primi due, inerenti la prima utenza risalgono al 30 novembre 2010, i secondi due, facenti capo alla seconda numerazione, sono del 09 dicembre 2010.

Il gestore onerato - *ex art. 1218 c.c.* - dall'offrire la prova di aver esaurientemente risposto al reclamo, non ha prodotto nulla al riguardo.

Alla luce di ciò, insorge la responsabilità di H3g per la mancata risposta scritta ai quattro reclami scritti.

Diversamente, al fine di non incorrere in responsabilità, H3G avrebbe dovuto allegare una risposta chiara ed esaustiva al reclamo, allegato dall'utente, dimostrando di aver adempiuto a quanto disposto dall'**art. 4, comma 1, delibera 179/03/CSP**.

In particolare, l'**art. 8, comma 4**, della predetta delibera, recita: *"gli organismi di telecomunicazioni indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso ...omissis* In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti".

La mancata risposta al reclamo, pertanto, determina una mancanza di ascolto, dialogo e contraddittorio tra utente e gestore.

Si dispone, pertanto, la corresponsione, in favore del dott. XXX, di quattro indennizzi, per la mancata risposta ai reclami inerenti due problematiche differenti per ciascuna utenza.

Con riferimento, invece, alla misura dell'indennizzo, sempre alla luce dei recenti orientamenti espressi dall'Agcom e in considerazione di ragioni di equa comparazione degli interessi in gioco (**dettate dalla necessità di non travalicare, nel corrispondere l'indennizzo per mancata risposta al reclamo, il parametro indennitario adottato per la sospensione del servizio reclamato**), si determina l'indennizzo nella misura di un euro *pro-die*, per ogni giorno di ritardo.

Conforta al riguardo, una recente pronuncia dell'Autorità (**Delibera n. 4/11/CIR**), nella quale si afferma autorevolmente: *"nel caso di mancata risposta ad un reclamo, per quanto vi sia un difetto di comunicazione tra le due parti contrattuali, l'inadempimento che si verifica non inficia la prestazione principale dell'accordo, dato che l'utente, nell'attesa, continua ad utilizzare i servizi acquistati; si deve quindi impedire che dal predetto difetto di comunicazione possano discendere, a carico dell'operatore, misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate in termini di calcolo del relativo indennizzo."*

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

L'indennizzo giornaliero riconosciuto all'utente è di € 1,00, per ciascun giorno da indennizzare, sia per la sospensione dei due servizi che per la mancata risposta ai reclami.

Il dies a quo per il calcolo dell'indennizzo per l'illegittima sospensione dei servizi di conference call e di trasferimento di chiamata - sulla prima utenza - è il 03 ottobre 2007.

Circa il *dies ad quem*; è certa la riattivazione dei due servizi, in quanto fatto non controverso tra le parti.

Secondo l'utente il *dies ad quem* è il 18 aprile 2011, coincidente con il deposito, da parte di H3G, della memoria di costituzione **ex art. 16, co. 2, delibera 173/07/CONS**, con cui quest'ultima comunicava la riattivazione del servizio.

H3G però asserisce di aver attivato il servizio conference call ed il servizio trasferimento di chiamata, rispettivamente il 01 aprile 2011 ed il 06 aprile 2011.

Quanto dedotto dal gestore è convincente, anche alla luce dell'implicito riconoscimento della riattivazione del servizio, desumibile dalla memoria di replica prodotta dal XXX.

I quattro reclami inevasi, poi, venivano inviati dall'utente al gestore, rispettivamente, con due fax del 30 novembre 2010 (per la prima utenza) e due fax del 09 dicembre 2010 (per la seconda utenza).

Da tale periodo vanno decurtati i 45 gg., per il riscontro al reclamo, giusta previsione **dell'art. 23 (procedure di reclamo) della carta dei servizi di H3G che recita: "omissisDopo la notifica del reclamo, 3 fornirà, ove possibile, un immediato riscontro e comunque si impegna a dare una risposta al Cliente entro 45 giorni dalla data di ricevimento del reclamo.....omissis"**.

Gli indennizzi per la mancata risposta ai quattro distinti reclami (due per ciascuna utenza) decorrono, pertanto, dal 15 gennaio 2011, per la prima utenza e dal 24 gennaio 2011, per la seconda utenza.

Accertato il diritto dell'utente alla corresponsione dell'indennizzo e il *dies a quo* dello stesso, resta da individuare il *dies ad quem* per il calcolo dell'indennizzo, nonché la sua quantificazione.

Orbene, la data di esperimento della conciliazione rappresenta il *dies ad quem* per il calcolo dell'eventuale indennizzo. L'udienza di conciliazione si è tenuta, per tutte e due le utenze, **il 31 gennaio 2011**. In tale circostanza, infatti, l'utente rappresentato in udienza, ha avuto la possibilità di interloquire con l'operatore ed ottenere le attese delucidazioni.

All'utente dovrà, quindi, essere corrisposto un indennizzo, così determinato:

€ 1.276,00 (milleduecentosettantasei/00), per 1.276 giorni di sospensione del servizio di conference call, per la prima utenza, per il periodo di riferimento 03 ottobre 2007 - 01 aprile 2011;

€ 1.281,00 (milleduecentottantuno/00), per 1.281 giorni di sospensione del servizio di trasferimento di chiamata, per la prima utenza, per il periodo di riferimento 03 ottobre 2007 - 06 aprile 2011;

€ 32 (trentadue/00), per la mancata risposta ai due reclami, sulla prima utenza, dalla data di invio di ciascun fax - previa decurtazione dei 45 giorni previsti per il riscontro al reclamo **ex art. 23 della carta dei servizi** - sino alla data in cui si è tenuta l'udienza di conciliazione, per un totale complessivo di 32 giorni di ritardo (sedici per reclamo);

€ 14 (quattordici/00), per la mancata risposta ai due reclami, sulla seconda utenza, dalla data di invio di ciascun fax - sempre previa decurtazione dei 45 giorni previsti **ex art. 23 della carta H3G**- sino alla data in cui si è tenuta l'udienza di conciliazione, per un totale complessivo di 14 giorni di ritardo (sette per reclamo).

4. Sulle spese di procedura.

L'**art. 6 del Regolamento** sancisce che nel determinare rimborsi e gli indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*" e che "*quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi*" vadano comunque "*rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed*

indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione".

A tale proposito, è d'uopo sottolineare, la partecipazione di un delegato dell'utente alle due procedure di conciliazione ed all'unica udienza di definizione.

Le due istanze avrebbero potuto essere proposte congiuntamente e l'utente, correttamente, ne ha richiesto la riunione in sede di definizione; di tal guisa, si riconosce, al sig. XXX l'importo di **€ 150,00** (centocinquanta/00), a titolo di rimborso spese per un'unica procedura di conciliazione e di definizione.

Le udienze di conciliazione, infatti, si sono tenute tutte il medesimo giorno e le controversie instaurate sono oggettivamente e/o soggettivamente connesse.

In conformità, dunque, a quanto previsto dall'**articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS** - a mente del quale, "*Nel provvedimento decisivo l'Autorità può riconoscere il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura" - la domanda dell'utente di rimborso delle spese di procedura, merita accoglimento nella sola misura ivi determinata.*

Vista la proposta di decisione del Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali - Affari generali e legali di questo Comitato, Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

A) Il rigetto della domanda di indennizzo per la mancata attivazione dei servizi di trasferimento di chiamata e di conference call sulla seconda utenza n. XXX XXXXXXXX.

B) La società H3G, pertanto, è tenuta a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) **€ 1.276,00 (milleduecentosettantasei/00)**, per 1.276 giorni di sospensione del servizio di conference call sulla prima utenza;
- 2) **€ 1.281,00 (milleduecentoottantuno/00)**, per 1.281 giorni di sospensione del servizio di trasferimento di chiamata sulla prima utenza;
- 3) **€ 32 (trentadue/00)**, per la mancata risposta ai due reclami, sulla prima utenza;
- 4) **€ 14 (quattordici/00)**, per la mancata risposta ai due reclami, sulla seconda utenza;
- 5) **€ 150,00 (centocinquanta/00)**, a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

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 presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, sul sito *web* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sul sito web del Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della Legge 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.



*Autorità per le Garanzie
nelle Comunicazioni*

*Consiglio Regionale
della Calabria*

Comitato Regionale per le Comunicazioni

Ai sensi dell'art. 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

F.to Dott. Gregorio Corigliano

F.to Dott. Paolo Posteraro

IL PRESIDENTE

F.to Prof. Alessandro Manganaro

V.

IL DIRIGENTE

F.to Avv. Rosario Carnevale