

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
L. CICCORELLI/H3G XXX
(LAZIO/D/303/2016)

Registro Corecom n. 40/2017

IL DIRIGENTE

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “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, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

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 del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente sig. L. Ciccarelli presentata in data 26.04.2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato nei confronti dell’operatore H3G XXX, di seguito, per brevità, “H3G”, la ritardata disattivazione del servizio Operator Lock, l’attivazione di un piano tariffario non richiesto, la mancata risposta ai reclami.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e negli atti difensivi, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. Nel 2011 aveva raggiunto un accordo transattivo con il riconoscimento di un indennizzo per il non funzionamento dell’apparato Samsung Corby pro, e con l’impegno a lasciare il prodotto in omaggio;

- b. L'operatore non aveva provveduto allo sblocco del servizio Operator Lock sul terminale sino a giugno 2015;
- c. L'8 agosto 2015, l'operatore aveva attivato un cambio piano ed una promozione non richiesti, addebitandone i costi sul credito residuo;
- d. I numerosi reclami erano rimasti senza riscontro;
- e. Il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 13 aprile 2016, si era concluso con esito negativo.

In base a tali premesse, l'istante ha richiesto:

- i. Indennizzo per attivazione profili tariffari non richiesti
- ii. Ripristino del precedente piano tariffario
- iii. Indennizzo per mancata risposta ai reclami
- iv. Indennizzo per ritardata disattivazione del servizio Operator Lock
- v. Spese di procedura

2. La posizione dell'operatore H3G.

L'operatore in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza: a) con riferimento al mancato sblocco del terminale Operator Lock, trattandosi di questione già oggetto di precedenti tentativi di conciliazione; b) con riferimento alla domanda di indennizzo per mancata risposta ai reclami, ai sensi dell'art. 2 Allegato A Delibera 73/11/CONS, avendo assunto l'impegno in sede di verbale di conciliazione a riconoscere l'indennizzo previsto dalla Carta Servizi. Nel merito, ha precisato che: a) l'istante aveva accettato dal terminale l'attivazione dell'opzione tariffaria "10 Giga per te" che richiedeva un cambio piano gratuito verso "3 Power 10"; b) le condizioni dell'offerta erano ampiamente illustrate nelle pagine App visualizzate dall'utente prima dell'attivazione; c) le modalità di accettazione dell'opzione prevedono che l'utente effettui una doppia conferma, procedendo prima con l'eventuale adesione o rifiuto, poi selezionando l'invio della richiesta; d) a fronte dell'adesione all'opzione, H3G aveva disattivato il piano "3 Autoricarica" vigente sull'utenza ed aveva effettuato il cambio piano tariffario verso "3 Power 10", addebitando il costo dell'opzione di Euro 5,00; e) alcuna responsabilità era imputabile all'operatore, avendo l'istante dichiarato che il piano tariffario venne attivato da un conoscente durante un viaggio in Romania. Il cambio è stato quindi determinato da un comportamento negligente dell'utente nell'utilizzo della sim; f) l'accordo transattivo del 2011 con l'utente non prevedeva l'impegno di H3G al trasferimento del terminale, concesso in comodato d'uso gratuito, né allo sblocco, non previsto per i terminali in comodato.

3. Motivazione della decisione

Viene rigettata la domanda dell'utente di ripristino del precedente piano tariffario in quanto estranea alla cognizione del presente procedimento, così come definita dall'art. 19, c. 4 del Regolamento e dalla del. AGCOM 529/09/CONS, non essendo l'Autorità adita competente a pronunciarsi con provvedimenti contenenti obblighi di *fare* o *non fare*.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

3.1 Sullo sblocco del terminale

L'istante deduce che, all'esito di una transazione perfezionatasi nel 2011 per disservizi su una utenza mobile e per guasti dell'apparato, l'operatore si era impegnato a lasciargli in omaggio il terminale e lamenta che, ciononostante, H3G non ha provveduto allo sblocco del servizio Operator Lock, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

E' in atti il contratto stipulato il 22 novembre 2010 dall'istante con H3G con il Regolamento di servizio Broadcast Lock, Operator Lock e Usim Lock, anch'esso sottoscritto dall'istante.

E' altresì in atti l'accordo transattivo del 1 settembre 2011 tra l'operatore e l'utente, nel quale risulta l'impegno dell'operatore a riconoscere un indennizzo per il disservizio di una utenza mobile, un indennizzo per la mancata riparazione del terminale in possesso dell'utente con disattivazione dell'utenza associata senza costi di recesso anticipato, il rimborso del credito residuo presente su tale utenza.

Sulla base della documentazione in atti, la domanda dell'istante di liquidazione di indennizzo per mancato/ritardato sblocco dell'Operator lock non può essere accolta per la seguente ragione.

Il contratto concluso dall'utente prevedeva la concessione in comodato del terminale Samsung Corby Pro.

L'art. 4 del citato Regolamento di Servizio, espressamente accettato dall'istante, prevedeva la possibilità di rimozione della funzionalità Operator Lock per i soli terminali di proprietà del cliente.

Nell'accordo transattivo raggiunto con l'operatore, non vi è alcun riferimento all'impegno di H3G a lasciare in omaggio all'utente il terminale, né è provato l'impegno verbalmente assunto da una operatrice H3G di inserimento di tale impegno negli applicativi .

Ne consegue che, non essendo stata provata la proprietà in capo all'utente del terminale, non sussisteva l'obbligo di H3G di procedere allo sblocco della funzionalità sul terminale in comodato, con conseguente rigetto della domanda di liquidazione di un indennizzo per l'inadempimento.

Ad abundantiam si sottolinea che la sede adita non sarebbe stata comunque idonea alla valutazione della mancata esecuzione di un accordo transattivo, in quanto non rientrante tra le fonti (negoziati e legali) di diritti passibili di tutela extragiudiziale delle controversie ex art. 2, comma 1 della Delibera 173/07/CONS e s. m.

3.2 Sull'attivazione di opzione e cambio piano non richiesti

L'istante lamenta l'attivazione di una opzione e un cambio piano tariffario non richiesti, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo, nonché il rimborso del costo addebitato.

E' pacifico che l'operatore ha proceduto all'attivazione dell'opzione "10 Giga per Te" ed alla variazione del piano tariffario in essere sull'utenza dell'istante, necessaria per darvi seguito.

Deduca l'istante, nel reclamo svolto all'operatore, che "tali cambi probabilmente come espressamente indicato sono stati fatti per scherzo da qualche conoscente in pullman mentre mi recavo in Romania" e, a sostegno, produce con la memoria di replica la dichiarazione di un amico, il quale conferma di aver chiesto in prestito il cellulare dell'istante durante un viaggio in pullman, conferma di aver attivato "qualcosa ma non ricordo cosa di preciso tramite app area clienti 3", di aver "selezionato per curiosità una icona che indicava ci fosse un messaggio ma in

realtà era qualcosa che aveva a che fare con internet” e che per scherzo “credendo di fare cosa giusta ho cliccato qualcosa ma non so cosa di preciso”, senza riferire nulla all’amico se non dopo qualche ora.

Sulla base di quanto dichiarato e di quanto prodotto dall’istante, si può quindi ritenere ragionevolmente accertato che, tramite app area clienti 3, venne accettata l’attivazione dell’opzione “che aveva a che fare con internet”. Tale accettazione ha comportato il cambio piano gratuito verso Power 10.

Stante la volontarietà (anche solo per scherzo) dell’accettazione dell’opzione, non sussiste la fattispecie dell’attivazione non richiesta (sia dell’opzione sia del nuovo piano tariffario indispensabile per l’attivazione dell’opzione), a nulla rilevando il fatto che l’accettazione sia stata manifestata da un soggetto diverso dall’istante.

Con la sottoscrizione del contratto e l’accettazione delle CGC, infatti, l’utente si è impegnato a non consentire l’utilizzo della SIM, neppure temporaneamente, da parte di terzi (art. 6.5), assumendosi ogni eventuale onere o responsabilità derivante, dipendente, connessa o consequenziale all’utilizzo dei servizi UMTS da parte del Cliente o di terzi, autorizzati o no dal Cliente stesso (art. 17.1).

La domanda di liquidazione di indennizzo viene pertanto rigettata, così come la domanda di rimborso del costo dell’opzione.

3.3. Sulla mancata risposta ai reclami

L’istante lamenta la mancata risposta ai numerosi reclami, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo.

Preliminarmente, per sgomberare il campo da equivoci, si evidenzia che, nell’allegato al GU14 l’istante chiede espressamente l’indennizzo per la mancata risposta al reclamo inerente l’attivazione del cambio piano tariffario non richiesto. Produce tuttavia anche il riepilogo di una serie di ricevute di accettazione e consegna di pec aventi ad oggetto diffide per rimozione Operator Unlock, risalenti al 2011.

La domanda di indennizzo riferita a questi reclami non può trovare accoglimento, per la seguente ragione.

Risulta in atti che, in occasione dell’udienza per il tentativo di conciliazione del 13 aprile 2016, ai sensi e per gli effetti dell’art. 2 Delibera 73/11/CONS, H3G si è impegnata a corrispondere entro 90 giorni l’importo di Euro 300,00 per la mancata risposta ai reclami dall’anno 2011 tramite bonifico bancario sul conto corrente indicato dall’istante.

E’ d’obbligo precisare che, ai sensi dell’art. 2, comma 1, Allegato A: “... *Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l’operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell’instaurazione della controversia, o quando, all’esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l’impegno dell’operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi*”.

In base a tale disposizione, qualora siano stati corrisposti gli indennizzi previsti dal contratto prima di accedere alla fase contenziosa o quando il gestore si sia impegnato a farlo in occasione

dell'esperimento di conciliazione, è precluso al definitore l'utilizzo dei parametri indennizzatori regolamentari (per lo più migliorativi) imponendosi la eventuale reiterazione del computo dell'indennizzo secondo gli standard contrattuali.

L'intento perseguito dal Regolatore con la disposizione in esame è ben descritto nelle osservazioni svolte dall'Autorità in sede di consultazione pubblica del testo del Regolamento Indennizzi : “ *...in sede di definizione delle controversie troveranno applicazione gli importi del Regolamento solo qualora l'operatore non abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o si sia impegnato a farlo in sede conciliativa: in caso contrario (n.d.r. ove lo abbia fatto !) il calcolo degli indennizzi avverrà comunque sulla base degli importi contrattualmente stabiliti. Tale specifica si rende opportuna proprio al fine di scongiurare la possibilità che le controversie siano instaurate, ovvero che ragionevoli proposte di indennizzo da parte degli operatori nel corso della procedura di conciliazione siano rifiutate, al solo fine di ottenere in sede di definizione gli importi maggiori stabiliti dal Regolamento*”.

Pertanto, alla luce di tale normativa e disposizione, e in conformità alle pronunce dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (tra cui Delibera 113/14/CIR) e dell'Autorità adita (da ultimo, Corecom Lazio n. 66/15 e 33/16), considerato l'impegno assunto dall'operatore nel verbale di conciliazione al riconoscimento dell'indennizzo, la richiesta dell'utente di pagamento in questa sede di un indennizzo regolamentare per la mancata risposta a questi reclami non può trovare accoglimento, in quanto già soddisfatta e congrua secondo il regolamento contrattuale e, in particolare, dell'art. 24 della Carta Servizi H3G.

In conformità all'impegno assunto in sede di conciliazione, H3G dovrà pertanto provvedere a corrispondere l'importo di Euro 300,00 a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami inerenti lo sblocco del terminale come previsto dalla Carta Servizi H3G, ove non ancora effettuato.

Per quanto riguarda invece il reclamo del 24 agosto 2015 relativo all'altro disservizio lamentato dall'utente (l'attivazione di opzione non richiesta), la domanda può trovare accoglimento, non risultando che ad esso l'operatore abbia dato riscontro.

Rileva allora il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), 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.

Pertanto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 11.1 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, considerato che il reclamo è del 24 agosto 2015, considerato il tempo previsto per la risposta (45 giorni) e la data dell'udienza di conciliazione (13 aprile 2016), si riconosce all'utente un indennizzo di Euro 188,00 (centottantotto/00).

4. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) da porsi a carico dell'operatore, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del sig. L. Ciccarelli nei confronti della società H3G XXX;
2. La società H3G XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di Euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, l'importo di Euro 188,00 (centottantotto/00) a titolo di indennizzo ex artt. 2 e 11.1 allegato A alla Delibera 73/11/CONS, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
3. La società H3G, ove non ancora adempiuto, è tenuta a corrispondere all'istante, mediante bonifico bancario, l'importo di Euro 300,00 a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami inerenti lo sblocco del terminale ex art. 24 - Tab. 1 del Codice di Condotta e Carta delle Garanzie della Clientela di H3G XXX
4. La società H3G XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 14/04/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto