

DELIBERA DL/192/15/CRL/UD del 23 novembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx SILVANO / H3G xxx

(LAZIO/D/525/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 23 novembre 2015;

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 xxx Silvano presentata in data 23.6.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

La Signora xxx Silvano, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento affermando di avere subito l’attivazione non autorizzata di due utenze affari di telefonia mobile H3G nn. 392*****62 e 392*****48.

Al riguardo l’Istante afferma:

- di essere stata vittima di truffa regolarmente denunciata alle Autorità competenti;
- di aver inviato tale denuncia al Gestore H3G in data 14 gennaio 2014 disconoscendo specificatamente il fatto di aver richiesto le attivazioni;
- di non aver mai ricevuto i terminali relativi alle utenze illegittimamente attivate;
- che la società H3G non ha recepito la richiesta di disconoscimento, ha proseguito nella fatturazione ed ha addebitato anche le penali per la risoluzione anticipata del contratto.

L’Utente, pertanto, richiede:

- indennizzo per attivazione non autorizzata dei servizi;
- lo storno delle fatture emesse;

- il risarcimento del danno causato dal mancato riconoscimento delle querele presentate, quantificato in € 5.000,00.

2. La posizione del gestore

Il Gestore H3G nella presente procedura deposita:

- la proposta di attivazione firmata dall'Istante e corredata di documento di identità dello stesso, la visura camerale ed il modulo di richiesta di addebito bancario RID;
- il modulo di consegna del corriere DHL relativo al trasporto dei terminali oggetto del contratto;
- le fatture emesse;
- il dettaglio del traffico generato dalle utenze contestate dall'utente;

A tale proposito il Gestore afferma:

- che l'Utente ha inoltrato reclamo solo in data 15 gennaio 2014, dopo oltre due mesi dall'attivazione dei contratti;
- di non avere mai ricevuto la copia della denuncia presentata dall'Istante in data 16 dicembre 2013;
- di ritenere, quindi, corretta la propria condotta e valido il contratto.

Il Gestore formula, quindi, una proposta di storno parziale e rateizzazione del residuo importo chiarendo che, in ogni caso, tale offerta *"non sarà reiterata in sede di udienza di definizione"*.

3. Motivi della decisione

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Prima di entrare nel merito della questione 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'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità)* l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria.

Alla luce di quanto sopra espresso, la richiesta di *"risarcimento del danno causato dal mancato riconoscimento delle querele presentate, quantificato in € 5.000,00"* avanzata in questa sede dall'Utente, avente natura risarcitoria, viene pertanto rigettata. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria per il maggior danno.

Tuttavia, la domanda di risarcimento del danno, di per sé inammissibile, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, può essere interpretata come accertamento dell'inadempimento dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal *nomen juris* indicato dalla parte (Par. III.1.3 Delibera n.276/13/CONS - Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie).

La domanda pertanto è procedibile nel senso dell'accertamento del diritto all'indennizzo conseguente all'attivazione di servizi non richiesti da parte del gestore.

Sulle domande di indennizzo e di storno delle fatture emesse

Sulla base della documentazione prodotta nel procedimento *de quo*, occorre valutare, alla luce del quadro normativo vigente in materia, la legittimità del comportamento assunto dal Gestore e se lo stesso, pertanto, abbia o meno arbitrariamente attivato le utenze telefoniche in contestazione.

A tale riguardo, come è noto, l'attivazione di servizi non richiesti si configura quando la prestazione è dipesa unilateralmente dal volere dell'operatore il quale, in caso di contestazione, è tenuto a

dimostrare, nelle dovute forme, di aver ricevuto – al contrario – una richiesta dell'utente idonea a determinare l'attivazione contestata.

Trovano applicazione, nel caso di specie, le misure disposte dall'Art. 7, comma 5, della delibera AgCom n. 179/03/CSP, in forza della quale *“fatti salvi i casi di inadempimento da parte degli utenti, gli organismi di telecomunicazioni non pretendono da questi alcuna prestazione corrispettiva in caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi da essi non richiesti e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell'operatore che ha disposto l'attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente”*.

Ciò premesso, l'operatore ha provato la richiesta dell'utente all'attivazione dei servizi mediante produzione in atti della proposta di abbonamento (PDA) del 25.11.13.

Detta proposta di abbonamento, corredata dall'autorizzazione di addebito sul conto corrente e, soprattutto, dalla fotocopia del documento di identità dell'utente, e della visura camerale della ditta di cui è titolare, è compilata in ogni parte e sottoscritta, almeno così appare, dall'Istante.

A tale proposito l'Utente ha disconosciuto l'accordo negoziale, sporgendo una prima denuncia-querela all'Autorità competente il 13.12.2013 e, successivamente, tramite reclamo scritto inviato a mezzo fax al Gestore H3G in data 15 gennaio 2014. Il gestore ammette la ricezione di quest'ultimo, ma contesta l'asserzione dell'utente di essere stato edotto via fax della denuncia-querela già dal 13.12.2013. L'utente non ha replicato sul punto.

Si ritiene, pertanto, che verosimilmente l'operatore, effettuati i controlli nell'ambito della procedura di attivazione delle utenze (quindi verificata la presenza della firma del cliente sulla PDA, i documenti necessari per l'attivazione e la copia del documento di identità) abbia attivato le utenze in esame, ritenendole regolari.

Nonostante il disconoscimento della firma apposta sul contratto da parte dell'utente avanzata anche con la presente istanza di definizione, l'accertamento relativo alla verifica dell'autenticità della firma è disciplinato dagli Artt. 214 e 215 c.p.c. ed è demandato all'Autorità giudiziaria ordinaria ed esula, pertanto, dalle competenze di questa Autorità. (Cass. Sez. V, 22 gennaio 2004 n.935; conformi Del. 51/10/CIR; 155/11/CIR ; 45/12/CIR;)

Non può quindi essere accolta la richiesta di accertamento della nullità del contratto e quella conseguente per attivazione arbitraria di servizi non richiesti, in quanto non si ritiene integrata la predetta fattispecie. (ex pluribus: Del. 23/14/CIR, Del. 267/2014 Corecom Calabria)

Tuttavia non può non rilevare il comportamento parzialmente omissivo del gestore se non in fase di stipula ed attivazione, quantomeno nella gestione successiva del rapporto contrattuale con l'utente poichè, pur avendo disconosciuto il contratto al più tardi con il reclamo del 15.1.2014, ha continuato a fatturare ed ha, asseritamente, proceduto con la consegna degli apparati.

Al riguardo occorre richiamare quanto approvato dalla Delibera n. 29/2011, in merito agli impegni assunti dal gestore per limitare e ovviare al fenomeno delle attivazioni indesiderate a seguito di furti di identità; tra le buone pratiche proposte ed approvate, valgano, in particolare per il caso in esame, le seguenti:

- miglioramento delle procedure di gestione dei disconoscimenti segnalati dai Clienti mediante: 1. l'introduzione di un numero verde dedicato per le segnalazioni di disconoscimento e di una modulistica standard e semplificata; 2. costante supporto alla clientela nel fornire le specifiche informazioni in merito alle relazioni con le Autorità giudiziarie e la denuncia per il disconoscimento; 3. monitoraggio della tempestiva gestione delle attivazioni errate o mancate consegne di terminali e/o usim acquistate a

distanza; 4. introduzione di un blocco automatico di emissione delle fatture in caso di disconoscimento; 5. revisione dei Clienti che hanno segnalato un disconoscimento prima dell'avvio dell'azione di recupero del credito.

- invio a tutta la clientela in abbonamento *consumer* e *corporate*, in anticipo rispetto all'emissione della prima fattura, di una *welcome letter* contenente sia le informazioni commerciali relative all'offerta attivata che il numero verde da contattare in caso di disconoscimento.

Nel caso di specie, il Gestore H3G, non ha dato esecuzione a tali attività, che avrebbero significativamente ridotto disagi e responsabilità:

-H3G avrebbe dovuto sospendere immediatamente la fatturazione nei confronti dell'Utente ed aprire una procedura dedicata di gestione del reclamo nella quale è compresa l'acquisizione di informazioni in merito ai rapporti con l'Autorità Giudiziaria;

-inoltre, se il Gestore avesse provveduto alla spedizione della *welcome letter*, l'Utente avrebbe potuto inoltrare il reclamo prima del ricevimento della prima fattura (datata 8 gennaio, mentre il primo reclamo è del 14 gennaio).

Invece il gestore ha ascritto all'Utente la responsabilità sia per il ritardo nel reclamo (causato dalla mancata spedizione della *welcome letter*) che per la mancata trasmissione della denuncia (che avrebbe potuto essere acquisita mediante richiesta diretta). Inoltre dalla mail di risposta, si evince che l'operatore non ha accolto il disconoscimento, senza addurre giustificazioni e delucidazioni in merito alle verifiche svolte ed ai risultati di queste.

In relazione alla consegna dei terminali all'Utente, inoltre, si deve rilevare la carenza probatoria del documento prodotto, posto che si tratta del documento elettronico della società incaricata, che nulla prova in ordine alla effettiva consegna e la cui sottoscrizione, sempre in formato elettronico, non può, in questo caso, nemmeno essere ricondotta all'apposizione di una firma.

Il contratto, ancora, risulta definitivamente cessato per iniziativa dello stesso Gestore che ha preferito agire in tal senso piuttosto che accertare la condotta della propria struttura di vendita, attraverso la procedura sopra descritta, posto che codice, nominativo e firma dell'incaricato di vendita sono palesemente riportati in calce alla p.d.a.

Richiamate analiticamente le su esposte premesse, in considerazione del comportamento del Gestore, tenuto comunque al rispetto dei principi sanciti dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ. rispettivamente in materia di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, (così come inteso dal consolidato orientamento della Corte di Cassazione, che si sostanzia "*in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto al dovere del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico*" (Cass, n.5240/2004; ex plurimis Cass., n. 14605/2004, e Cass. 10182/09)), si ritiene di accordare all'utente la richiesta di storno integrale degli importi fatturati in modo da non creare un eccessivo pregiudizio ai diritti dell'Utente - che in base alle denunce sporte, vedrà accertata la fondatezza delle sue pretese nelle sedi competenti- secondo i principi di equità e ragionevolezza previsti dall'Art. 84 del D.Lgs. n.259/03 (Cod.delle comunicazioni elettroniche) e dall'Art. 11, comma 2 della delibera Agcom n. 179/03/CSP e puntualmente richiamati nelle Linee Guida per la risoluzione stragiudiziale delle controversie.

4. Sul rimborso delle spese per la procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 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, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese si ritiene congruo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di € 100,00 quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura,

Per tutto quanto sopra esposto,

DELIBERA

1. Il Corecom accoglie parzialmente, nei termini esposti in motivazione, l'istanza presentata dalla Signora xxx Silvano.
2. La Società H3G xxx è tenuta a corrispondere all'Istante, la somma di € 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione ed a disporre lo storno integrale della posizione debitoria reclamata nei confronti dell'Istante pari ad € 2.322,18.
3. Rigetta le ulteriori richieste.
4. La Società H3G xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'Articolo 11 comma 4 della Delibera n. 179/03 CSP.
6. 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.
7. Ai sensi dell'Articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.
8. 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.

Roma, 23 novembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto