



Determinazione dirigenziale n. 5 del 4 maggio 2017

Oggetto: definizione della controversia XXX ONLUS / WIND TRE S.p.A. (già H3G S.p.A.)

IL DIRIGENTE

VISTI i principi di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e s.m.i., *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*;

VISTA la legge regionale 28 luglio 2008, n. 23 e s.m.i., *Disciplina dell'organizzazione degli uffici regionali e disposizioni concernenti la dirigenza ed il personale* e i successivi regolamenti di organizzazione attuativi della stessa;

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*;

VISTA la legge regionale 4 luglio 2005, n. 7, *Nuove disposizioni in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14*;

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 Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 73/11/CONS, *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di 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 Assemblies 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, il Consiglio regionale del

Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione del Corecom Piemonte n. 87-2016 del 28 novembre 2016, n. 4, con la quale, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del Regolamento e dell'Allegato alla deliberazione AGCOM 276/13/CONS, punto III.5.5., il Comitato ha delegato al Dirigente dell'Ufficio la definizione delle controversie aventi valore non eccedente i 500,00 euro;

VISTA l'istanza GU14/1.11.12.5/20/2016, con cui XXX onlus ha chiesto l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte (di seguito, Corecom) per la definizione della controversia in essere con WIND TRE S.p.A., già H3G S.p.A. (di seguito, H3G), ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota con cui il Corecom, ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la memoria difensiva depositata dall'operatore nei termini assegnati e la replica dell'istante;

VISTA la successiva nota con cui l'Ufficio invitava le parti a presentarsi all'udienza di discussione che veniva rinviata su richiesta di parte istante;

VISTI gli atti relativi all'espletato tentativo obbligatorio di conciliazione;

UDITE le parti nella predetta udienza;

VISTA la proposta di decisione del funzionario incaricato dell'istruttoria;

CONSIDERATO

quanto segue :

1. Oggetto della controversia

L'istante, nella propria istanza introduttiva, in riferimento alle 35 utenze mobile relative codice cliente 15404107, rappresenta:

- di aver subito la sospensione delle linee per sei giorni pur in presenza di reclamo scritto per importi non dovuti;
- che l'operatore nelle memorie relative al procedimento d'urgenza per ottenere la riattivazione del servizio ha indicato un numero di giorni di disservizio diverso ma non rispondente al vero.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) € 7,50 per sim al giorno per un totale di € 1.575,00 (articolo 3 delibera 73/11/CONS) e € 7,50 per sim al giorno per un totale di € 1.575,00 (art. 12 medesima delibera);
- 2) € 300,00 per gestione pratica.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta:

- in via preliminare, l'improcedibilità e/o inammissibilità dell'istanza ex art. 2, comma 1 dell'all. A alla delibera 73/11/CONS, avendo il gestore erogato all'istante, nell'ambito della procedura GU5 la somma di € 4,00 pari all'indennizzo previsto dall'art. 24 della Carta Servizi per i 4 giorni di sospensione subita dalle utenze in oggetto, intercorsa dal giorno 12/5/2015 al giorno 15/5/2015 e la somma di € 12,00 pari all'indennizzo previsto dall'art. 24 della Carta Servizi per i 12 giorni di ritardo per la risposta al reclamo del 25/3/2015;
- che l'impegno a indennizzare l'istante secondo il regolamento contrattuale e l'effettivo adempimento, da parte del gestore, delle obbligazioni assunte nell'ambito della procedura GU5, soddisfa le richieste formulate dall'istante in base alla normativa regolamentare vigente;
- che Fastweb nella memoria difensiva conferma di aver cessato le linee prima del loro rientro in Telecom in palese violazione della normativa regolamentare vigente e dalle pattuizioni contrattuali in quel momento applicabili;
- che il lamentato disservizio si è protratto per quattro giorni e non per sei giorni, come sostiene controparte;
- che, come dispone la sopracitata delibera, e come più volte chiarito dall'Autorità, l'istanza di definizione afferente una *causa petendi*, per la quale l'operatore abbia già corrisposto l'indennizzo prima dell'instaurarsi della controversia è improcedibile;
- in subordine, che l'attuale istanza è improcedibile per violazione del principio del *ne bis in idem*, essendosi il diritto dell'utente esaurito nella precedente domanda di definizione già espletata;
- che, infatti, il cliente ha già fatto rilevare nell'ambito di una precedente procedura di conciliazione, la sospensione delle utenze, ritenuta indebita, tant'è che nell'apposito formulario GU5 ne richiedeva la riattivazione;
- che in tale istanza UG, il cliente non ha richiesto alcun indennizzo per detta sospensione, seppure, nel GU5 annesso, se ne desse atto;
- che pertanto la doglianza di sospensione delle utenze è rimasta assorbita nella prima procedura, conclusasi con un accordo, e non può più essere riproposta.

Sulla base di tale rappresentazione, l'operatore chiede che la domanda dell'istante venga dichiarata inammissibile.

L'istante, nelle memorie di replica, in sintesi rappresenta:

- che, in ordine all'eccezione sulla domanda di indennizzo per sospensione già asseritamente presentata nel primo formulario UG, è stato lo stesso operatore a richiedere la presentazione di un nuovo formulario UG su questo punto in sede di udienza di definizione della prima procedura GU14 instaurata;
- che l'operatore in ogni memoria presentata riporta date di sospensione sempre differenti.

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

A) Sul rito

Preliminarmente si deve respingere l'eccezione dell'operatore sulla improponibilità della domanda di indennizzo per la sospensione di più utenze mobili in quanto ritenuta dallo stesso già oggetto di una precedente istanza di conciliazione e successiva definizione della controversia, conclusasi con accordo in udienza. Infatti, dall'esame del GU14 n. 343/2015 si evince che a fronte di tale richiesta (sebbene impropriamente formulata come domanda di rimborso), l'operatore ne eccepiva l'inammissibilità poiché risultava nuova rispetto a quanto richiesto nella precedente fase di conciliazione. Per tale motivo, nel verbale di udienza del 23/11/2015, sottoscritto da entrambe le parti, si è precisato che l'accordo raggiunto comprende la domanda di indennizzo per mancato riscontro al reclamo – anch'essa oggetto di analogo rilievo dell'operatore – mentre “a seguito dell'eccezione di H3G, non è stata discussa la richiesta di indennizzo per sospensione delle utenze che sarà eventualmente oggetto di nuovo tentativo di conciliazione”.

B) Nel merito

L'istanza ha ad oggetto la richiesta di indennizzo per la sospensione di 35 sim avvenuta, secondo quanto afferma l'istante, dal 12/5/2015 al 18/5/2015, e, secondo quanto afferma il gestore, dal 12/5/2015 al 15/5/2015.

Per tale sospensione l'operatore ha indennizzato l'istante applicando l'art. 24 della Carta dei servizi secondo cui “nei casi di mancato rispetto da parte di 3 dei principi, obblighi e impegni sanciti da questa Carta, il Cliente, indipendentemente dal numero di Carte SIM a lui intestate, ha diritto ad un accredito di entità commisurata alla durata del disservizio e ai volumi di traffico sviluppati, come da tabella, sempre che la richiesta venga inoltrata entro 90 giorni dal verificarsi dell'evento contestato”. In particolare, la Tabella 1 di detta Carta specifica che in caso di sospensione del servizio venga erogato un indennizzo pari a € 1,00 *pro die* fino a un massimo di € 60,00. In tal modo, H3G, in sede di gestione della procedura GU5 in fase di conciliazione, ha comunicato che avrebbe erogato un indennizzo di € 4,00 relativamente ai quattro giorni di sospensione subita dall'istante e che detto importo sarebbe stato posto in compensazione atteso l'insoluto a carico del cliente di € 1.531,16.

Ora, a prescindere dalla possibilità di effettuare una compensazione su una somma insoluta ma al contempo oggetto di contestazione tra le parti, occorre stabilire se la corresponsione di detto indennizzo secondo le condizioni di contratto dell'operatore anteriormente all'instaurazione della procedura di definizione precluda a parte istante la possibilità di vedersi liquidare il medesimo ai sensi del cd. Regolamento Indennizzi (delibera 73/11/CONS, all. A).

L'art. 2 di detto Regolamento prevede, infatti, che le disposizioni in esso contenute non si applichino nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia. Tuttavia, per ritenere valida tale preclusione occorre accertare che l'indennizzo sia liquidato in modo corretto rispetto alla previsione contrattuale ovvero, nel caso di specie, al periodo di disservizio. Su tale punto le parti non concordano.

Secondo la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'articolo 2697 c.c. nonché l'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentenze n. 2387/2004, n. 1743/2007, n. 9351/2007, n. 26953/2008, n. 15677/2009 e n. 936/2010), il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto

e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Come già detto, l'Associazione nazionale carabinieri in congedo ha sempre sostenuto che il disservizio fosse perdurato dal 12 al 18/5/2015, chiedendo la liquidazione dell'indennizzo per sei giorni, mentre l'operatore ha limitato il disservizio, e il conseguente indennizzo, a 4 giorni. A supporto della propria ricostruzione H3G ha depositato due schermate di un sistema presumibilmente interno, ma che non può assolvere all'onere probatorio richiesto, tanto più se si considera che la prova della sospensione sarebbe potuta essere facilmente fornita depositando il dettaglio del traffico relativo ai giorni contestati.

Per tale motivo si ritiene doversi liquidare l'indennizzo previsto dal Regolamento di cui alla delibera 73/11/CONS che, all'art. 4, comma 1, prevede che "nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del previsto preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo, per ciascun servizio non accessorio, pari a € 7,50 per ogni giorno di sospensione". Inoltre, per l'art. 12, comma 2, "se l'utenza interessata al disservizio è di tipo *affari*, nei casi indicati dagli articoli da 3 a 6 gli importi liquidati a titolo di indennizzo e i limiti corrispondenti sono computati in misura pari al doppio".

Ne deriva che per il disservizio occorso per la durata di 6 giorni, l'utente avrà diritto a un importo complessivo di € 90,00 (€ 7,50 x 2 x 6 giorni).

L'applicazione dei criteri così determinati a ciascuna delle utenze interessate determinerebbe tuttavia il riconoscimento a favore dell'istante di una somma che, per entità, si potrebbe qualificare come risarcitoria, e pertanto difficilmente armonizzabile con i principi di proporzionalità ed equità dell'indennizzo più volte richiamati nelle decisioni dell'Autorità e dei Corecom delegati.

Pertanto, in ossequio a tali principi, si ritiene opportuno applicare quanto previsto dall'art. 12 del Regolamento, che al comma 1 stabilisce: "Nel caso di titolarità di più utenze, [...], l'indennizzo è applicato in misura unitaria se, per la natura del disservizio subito, l'applicazione in misura proporzionale al numero di utenze risulta contraria al principio di equità".

Poiché gli indennizzi riconosciuti da questa Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il requisito dell'equità e, quindi, devono tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura di risoluzione della controversia, l'indennizzo come sopra determinato deve essere maggiorato dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo.

C) Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista dall'art. 19, comma 6) del Regolamento, che sancisce che "l'Autorità [...] può riconoscere anche il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura" e che nel

determinare rimborsi e 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 delle parti durante i procedimenti di conciliazione e definizione e le difese svolte nonché il valore della controversia, si ritiene congruo liquidare in via equitativa in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di € 50,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura di conciliazione e di definizione.

DETERMINA

l'accoglimento dell'istanza presentata dal XXX onlus, corrente in XXX, nei confronti di Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, XXX, il quale operatore è tenuto a:

corrispondere in favore dell'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, la somma di € 90,00 a titolo di indennizzo, oltre interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione al saldo effettivo;

corrispondere in favore dell'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, la somma di € 50,00, a titolo di spese di procedura.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale danno subito, come previsto dall'at. 19, comma 5 del Regolamento.

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento del presente provvedimento entro il termine di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

A cura dell'Ufficio, la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

Il Vicedirettore
Dott. Nicola Princi