

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 88

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Morace Xxxxxxx c/ H3G Xxxxxxx

IL PRESIDENTE

Nella seduta del giorno 25/06/2012, nella sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, presente l'Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.re.com. Calabria;
dato atto che la seduta del Comitato, prevista per oggi in cui si doveva procedere all'approvazione delle definizioni delle controversie, non si è potuta tenere per mancanza del numero legale;
ritenuto che i termini procedurali previsti dalla normativa vigente sono scaduti per molti dei ricorsi posti oggi in decisione;
considerato che per la natura provvedimento delle deliberazioni de quibus non è dato rinviare ulteriormente la decisione di essi;
visto il verbale della seduta odierna che forma parte integrante del presente deliberato;
visto l'art. 3, comma 2, lettera d) del Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni;

Visti:

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";

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

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

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.re.com." 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.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni 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'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n.481;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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 Co.re.com. 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";

l'istanza del 22 settembre 2011, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 45100, con cui l'utente Morace Xxxxxxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la società H3G Xxxxxxx, 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.;

la nota del 04 ottobre 2011 (prot. n. 47167), 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;

l'avviso di convocazione (prot. n. 8701 del 20 febbraio 2012) 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 12 marzo 2012, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 12 marzo 2012, 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

L'utente Xxxxxxx Morace ha promosso, dinanzi a questo Corecom, un procedimento di conciliazione nei confronti della società H3G Xxxxxxx. La conciliazione si è conclusa con esito negativo.

Il 22 settembre 2011, l'istante demandava a questo Corecom la definizione della controversia.

Esponendo la ricorrente, quanto segue.

Il 25 agosto 2008 stipulava con H3G un contratto di utenza telefonica mobile, categoria *consumer*, denominato "Scegli 3", per la numerazione Xxxxxxx. A causa di una serie di disservizi avvenuti tra il 2008 ed il 2009, stando a quanto dedotto dal ricorrente, le parti convenivano di abbandonare l'opzione tariffaria "Scegli 3", novando l'originario contratto e disponendone la prosecuzione "a titolo di sola usim e numerazione prepagata sciolta, indipendente dal precedente contratto promozionale Scegli 3". La prova della novazione era asseritamente riconducibile all'attivazione sull'utenza della nuova e diversa offerta "Gente di 3", avvenuta durante il mese di febbraio/marzo 2009.

A causa di ulteriori disservizi, inerenti l'erogazione di bonus con modalità diverse da quelle concordate ed il loro mancato accredito, nonché per la mancata corresponsione di indennizzi vari, l'utente proponeva ripetuti reclami (o presunti tali) e minacciava la risoluzione del rapporto ex art. 1453 c.c.. Per tutta risposta, l'operatore sospendeva il servizio telefonico senza alcun preavviso scritto. La sospensione veniva eseguita per il mancato assolvimento, da parte dell'utente, dell'obbligo di ricarica mensile di € 10,00, inerente l'originaria opzione "Scegli 3", oramai da tempo novata e modificata. Affermava ancora la cliente, di aver messo ripetutamente a disposizione di H3G il vetusto terminale ricevuto in comodato, senza aver ottenuto indicazioni al riguardo. Era la ricorrente, poi, a doversi ritenere in credito nei confronti del gestore, in quanto aveva subito l'illegittimo addebito di € 10,00 al mese, sul conto corrente ad ella intestato, dalla primavera del 2009 ad aprile 2010, nonostante fosse intervenuta medio-tempore la risoluzione dell'originario rapporto e profilo tariffario. Peraltro, all'addebito di € 10,00 mensili non faceva seguito "l'erogazione del credito reale residuo senza scadenza", bensì solo "di credito fittizio da basket one club o tv a scadenza mensile ravvicinatissima, di fatto inutilizzabile anche per i servizi tv, come comprovato dal reclamo per l'indebito addebito ed il disservizio di tutto il calcio del 28.02.2010". L'utente lamentava, altresì, la mancata risposta agli innumerevoli reclami (o presunti tali) inviati al gestore, attraverso e-mail, nonché la disattivazione dell'utenza ultradecennale con perdita del numero. L'utente deduceva, infine, la tipologia libero-professionale dell'attività lavorativa esercitata, lamentando di aver subito grave nocumento dall'impossibilità di utilizzare l'utenza in questione, per le sue esigenze di natura "lavorativa e personale".

L'istante, pertanto, domandava:

- A) la corresponsione di un indennizzo di € 6,00 al giorno dal 09 aprile 2010 sino alla data di riattivazione dell'utenza, per l'impossibilità di utilizzare, a causa della disattivazione, l'opzione "Gente di 3", il credito residuo a pagamento ed i rimanenti bonus di traffico maturati sulla sim;
- B) il riconoscimento di un indennizzo di € 6,00 al giorno, per l'illegittima sospensione e disattivazione del servizio telefonico dal 09 aprile 2010 sino alla data di riattivazione dell'utenza;
- C) il riconoscimento di un indennizzo per la mancata risposta a ciascun reclamo inviato;
- D) l'indennizzo di € 2.200,00 per la perdita del numero - pari ad € 200,00 per anno (per gli 11 anni di vita dell'utenza) - stante l'utilizzo professionale della stessa;
- E) il rimborso di tutto il credito residuo acquistato e dei bonus di traffico conseguiti, rimasti inutilizzati per varie ragioni;
- F) il rimborso dell'importo di € 4,63, corrisposti per un servizio - denominato "tutto il calcio" - acquistato nella giornata del 28 febbraio 2010, mai realmente goduto a cagione di malfunzionamenti; richiedeva altresì l'utente a tale titolo un indennizzo forfettario di € 10,00;
- G) la riattivazione dell'utenza
- H) il rimborso di € 400,00 a titolo di spese di procedura, oltre agli interessi legali sulle somme riconosciute dal Co.re.com..

Allegava la ricorrente, a sostegno delle sue argomentazioni, numerose e-mail di reclamo (circa diciotto), con le quali si doveva ripetutamente:

- dell'addebito di € 10,00 mensili sul proprio conto corrente (inerenti l'anzidetta originaria opzione "Scegli 3", in seguito novata nel profilo su citato);
- dell'erogazione di un bonus utilizzabile solo con i pacchetti basket one club o tv a ravvicinata scadenza mensile, in luogo di un rimborso in credito utilizzabile per tutti i servizi;
- del mancato versamento di pretesi indennizzi, dovuti a causa del ritardo nella risposta alle diverse e-mail dell'utente ivi incluse quelle allegate;
- della sospensione e disattivazione dell'utenza ed altro ancora.

H3G Xxxxxxx, tempestivamente costituita, domandava il rigetto delle avverse domande, affermando all'uopo che:

- 1) l'utenza veniva attivata, previa operazione di portabilità, il 27 agosto 2008 e prevedeva la consegna di un terminale concesso in comodato gratuito in forza dell'opzione denominata "Scegli 3 08 - Ric. 10";
- 2) come previsto dal regolamento di servizio il cliente si impegnavo, nei successivi 24 mesi, ad effettuare ricariche mensili per un valore complessivo non inferiore ad € 10,00;
- 3) l'eventuale differenza tra la ricarica e la soglia prevista avrebbe costituito oggetto di specifica richiesta tramite emissione di fattura, così come indicato dagli art. 4.2 e 4.3 del citato regolamento;
- 4) l'utenza era stata disattivata in data 14 agosto 2010 ed era stata già, a distanza di mesi dalla disattivazione, oggetto di ben due ulteriori procedimenti definitivi, in spregio alle ragioni di economia processuale a cui andrebbe improntato il procedimento di definizione, stante la sua gratuità;
- 5) la ricorrente era intestataria di due ulteriori utenze mobili, anch'esse sospese e disattivate;
- 6) la condotta della resistente era stata sempre conforme a correttezza e buona fede;
- 7) gli addebiti in fattura erano corretti e corrispondenti alle condizioni contrattuali pattuite;
- 8) l'affermazione dell'utente, secondo cui il rapporto originario sarebbe stato novato proseguendo "a titolo di sola usim e numerazione prepagata sciolta, indipendente dal precedente contratto promozionale Scegli 3", non corrispondeva alla realtà dei fatti ed era d'altronde sprovvista di prova;
- 9) il bonus accreditato all'utente era in perfetta linea con le previsioni contrattuali, espresse dall'art. 4.4 del regolamento di servizio;
- 10) l'utenza, prima di essere definitivamente disattivata, era stata sospesa il 9 aprile 2010, in conformità a quanto disposto dall'art. 18.3 delle Condizioni Generali di Contratto, per la mancata indicazione, da parte dell'utente, di una modalità di pagamento alternativa rispetto a quella del bollettino postale;
- 11) la disattivazione del 14 agosto 2010, era stata poi eseguita per inadempimento contrattuale dell'utente, in quanto quest'ultimo non aveva versato i corrispettivi dovuti per l'erogazione del servizio;
- 12) l'utenza in questione, così come altra intestata alla stessa ricorrente, era abbinata ad un terminale concesso in comodato d'uso ed entrambi non erano stati ancora restituiti al gestore.

Allegava l'operatore, tra l'altro, una copia del contratto e delle CGC, unitamente ad una copia dei piani tariffari abbinati alle tre utenze.

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, giacché 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 sono parzialmente fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia mobile. 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 Sulla novazione del rapporto con cambio dell'opzione tariffaria.

La sig.ra Morace, come visto, asserisce che l'originario contratto veniva novato, proseguendo "*a titolo di sola usim e numerazione prepagata sciolta, indipendente dal precedente contratto promozionale Scegli 3*".

Il gestore eccepisce l'inesistenza del fatto e l'assenza di idonea prova.

L'eccezione dell'operatore è fondata, sebbene sia sorretta da ulteriori argomentazioni rispetto a quelle espresse. L'utente non ha assolto, infatti, all'onere probatorio previsto a suo carico **ex art. 2697 c.c.**. Il criterio di ripartizione dell'onere della prova, infatti, assurge alla dignità di principio generale dell'ordinamento giuridico, rappresentando il naturale *discrimen* che orienta il giudicante.

L'utente, con l'istanza introduttiva del presente procedimento, si limita a dedurre la mancata applicazione delle condizioni pattuite, senza produrre al riguardo alcuna prova documentale. L'operatore, invece, allega diligentemente le copie del contratto vigente tra le parti.

Al fine di sopperire all'evidente carenza probatoria, pertanto, l'utente invoca l'applicazione delle norme poste a tutela dei consumatori. Richiede, quindi, l'inversione del carico probatorio. A tale proposito, occorre osservare che nella fattispecie non sussistono *ex se* le ragioni per un'inversione dell'onere della prova, a prescindere dalla qualificazione giuridica delle parti. In ogni caso, poi, la richiesta non merita accoglimento. La fattispecie *de qua*, difatti, è insussumibile nell'alveo della disciplina del codice del consumo, giacché la *res* controversa incide su di un contratto concluso tra professionisti. Entrambe le parti, infatti, hanno agito nell'esercizio delle rispettive attività imprenditoriali.

Seguendo l'indicazione proveniente da autorevole giurisprudenza (**Cass. Civ., sez. III, 10 luglio 2008**), il consumatore è: "*la persona fisica che, pur svolgendo attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di tale attività, mentre è considerato professionista tanto la persona fisica quanto quella giuridica che, invece, utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale*".

Orbene, è la stessa sig.ra Morace ad allegare l'utilizzo professionale dell'utenza, sia nell'atto introduttivo, che nelle memorie di replica. Scrive la ricorrente a proposito della richiesta di indennizzo per la perdita del numero: "*€ 200,00 di indennizzo per ogni anno a fronte della perdita da parte dell'istante della numerazioneomissis, usata per incontestate ragioni ed esigenze professionali*".

Conformemente, dunque, all'indirizzo appena citato, si esclude l'applicabilità nel caso di specie, delle più favorevoli norme poste a tutela del consumatore, "*omissis... poiché l'attore ha stipulato il contratto di fonia mobile, non in veste di consumatore, ma in veste di imprenditore e per il raggiungimento di scopi propri dell'attività imprenditoriale svolta*" (**Giudice di Pace di Bari, Sentenza 27 marzo 2009, n. 2781**).

Per le anzidette ragioni ed in conformità, altresì, all'orientamento seguito dalla giurisprudenza dominante in tema di onere della prova, si rigetta la domanda.

2.2 Con riferimento alla sospensione ed alla disattivazione dell'utenza

La sospensione e la successiva disattivazione dell'utenza è fatto incontrovertito tra le parti, le quali allegano identici riferimenti temporali. L'utenza, quindi, veniva sospesa il 9 aprile 2010 e, poi, disattivata il 14 agosto 2010.

L'indagine probatoria esperita nel corso del procedimento conduce all'accertamento di una responsabilità del gestore. Come dichiarato dall'operatore, in punto di fatto, l'utenza veniva sospesa per le ragioni espresse nell'art. 18.3 delle Condizioni Generali di Contratto, stante la mancata indicazione, da parte dell'utente, di una modalità di pagamento alternativa rispetto a quella del bollettino postale.

La disattivazione dipendeva invece dalla morosità dell'istante.

Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti si giunge, quindi, a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, in tema di fornitura del servizio nell'ambito del settore delle telecomunicazioni è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"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 e 936/10). Parimenti consolidato è il principio di vicinanza della prova, anch'esso fatto proprio da Questo Co.re.com., secondo cui: *"l'onere della prova, poi, dev'essere ripartito oltreché secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge tendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio"* (Cass, Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e 10 gennaio 2006 n. 141). Il nodo va sciolto, quindi, alla luce degli anzidetti criteri di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente di una mancata erogazione del servizio e della prova della fonte contrattuale del rapporto, era onere del gestore contestare l'affermazione dimostrandone la fornitura, ovvero provare – sempre ex art. 1218 c.c. – che l'inadempimento o il ritardo fosse stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile allo stesso operatore.

Ciò posto, nella fattispecie odierna, incombeva su H3g l'onere di provare il rispetto della regolamentazione vigente in materia di sospensione dell'utenza. L'esame degli atti e delle reciproche deduzioni delle parti comprova l'illegittimità della sospensione posta in essere da H3G, in quanto non preceduta da congruo preavviso, come invece disposto ex art. 5, delibera 173/07/CONS, allegato A, che testualmente recita: *"fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore....omissispuò disporre la sospensione del servizio solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento"*.

Orbene, il gestore non ha assolto all'onere della prova a suo carico, sicché, in conformità al principio di ripartizione dell'onere della prova enunciato nelle citate pronunce del Supremo Collegio, merita accoglimento la richiesta dell'utente di corresponsione di un indennizzo.

Sulla mancata risposta ai reclami

La domanda merita parziale accoglimento, per le ragioni di seguito precisate.

L'istante, ha prodotto un cospicuo numero di e-mail, *in illo tempore* inviate al gestore. Tra le diverse e-mail allegate, solo poche di esse possono essere qualificate come reclami sulla scorta delle indicazioni espresse dall'**articolo 1, comma 1, lettera d), allegato A, della delibera 179/03/CSP**. L'utente, infatti, ha chiesto e sollecitato l'erogazione di indennizzi per il ritardo nella risposta alle precedenti e-mail, ha chiesto il rimborso dell'importo di € 10,00, addebitati mensilmente sul proprio conto corrente a titolo di canone per l'opzione "Scegli 3", ha contestato i vari bonus di traffico ricevuti dalla Società, ha precisato di non voler essere contattato telefonicamente, esigendo una risposta scritta per i quesiti formulati, si è lamentato dell'addebito della somma di € 4,63 stante la mancata fruizione del servizio "tutto il calcio". Alle anzidette missive va aggiunta quella diretta a richiedere la riattivazione immediata dell'utenza, dapprima sospesa senza preavviso e, disattivata poi. Orbene, conformemente a consolidati orientamenti dell'Agcom, occorre valutare complessivamente la condotta dell'istante. Scrive l'Agcom dinanzi ad una fattispecie simile: *"La Società, con la carta dei servizi, si impegna ad assicurare gli standard dei servizi offerti, compresi quelli relativi ai tempi di risposta alle e-mail pervenute ed al conseguente obbligo di indennizzo derivante dal mancato rispetto dei tempi prestabiliti. Tale strumento, tuttavia, non può e non deve essere oggetto di un uso distorto, tale da snaturarne la sua reale funzione. La proposizione ripetuta di e-mail meramente strumentali, finalizzate esclusivamente all'ottenimento di un indebito indennizzo, configura un comportamento in palese violazione dei principi codicistici di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto che non può trovare, in questa sede, legittima tutela. Tra*

l'altro la possibilità di non riconoscere alcun indennizzo in caso di un uso non corretto del servizio clienti è espressamente contemplata all'articolo 9 della carta dei servizi (ribadito anche nel seguente articolo 13) laddove si precisa, nell'ultimo capoverso, che «La procedura descritta in relazione alla corresponsione di un indennizzo in caso di ritardo nella risposta al Cliente ed i relativi termini non sono applicati da H3G in caso di abuso da parte del Cliente come, a titolo meramente esemplificativo, in caso di richieste pretestuose per sistematicità, frequenza o infondatezza» (ex multis, Delibera n. 140/11/CIR).

L'uso complessivamente distorto dell'istituto del reclamo non rende meritevole di accoglimento la quasi totalità delle rimostranze dell'utente, fatta salva quella rivolta a richiedere la riattivazione del servizio.

Si riconosce, dunque, in quanto ritenuto ampiamente congruo, l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo inerente la sospensione e la riattivazione della linea, nella misura massima prevista dalla **delibera 73/11/CONS**.

2.3 Sull'indennizzo per la perdita del numero.

L'istante ha chiesto la liquidazione di un indennizzo di Euro 2.200,00 per la perdita della numerazione, dichiarandone il possesso ininterrotto per circa undici anni sino alla disattivazione. L'operatore ha espressamente dichiarato l'impossibilità di ripristinare la numerazione.

Può ritenersi, quindi, pacifica la perdita della numerazione.

L'utente, nel caso in cui perda la titolarità del numero telefonico precedentemente assegnato, per fatto imputabile all'operatore, ha diritto - in forza della **delibera 73/11/CONS** - ad un indennizzo pari ad euro 100,00 per ogni anno di precedente utilizzo, fino ad un massimo di euro 1.000,00. Qualora, invece, l'utenza interessata dal disservizio sia di tipo "affari", gli importi liquidati a titolo di indennizzo sono quadruplicati.

Orbene, la ricorrente, sebbene avesse stipulato un contratto per un'utenza privata, deduce l'uso professionale della numerazione, richiedendone il relativo ristoro, sia pur quantificandolo nella misura del doppio. L'affermazione, tuttavia, non è sufficiente a far conseguire all'istante il diritto ad una quantificazione dell'indennizzo, diversa da quella predeterminata per la propria tipologia di utenza. Il tenore della norma è inequivocabile, investendo la maggiorazione solo le "utenze di tipo affari". Diversamente, sorgerebbe una sperequazione tra quanto versato dall'utente per l'erogazione del servizio (quantificato secondo la misura prevista per le utenze di tipo privato) e la corresponsione di un indennizzo, calcolato per l'utilizzo professionale di un'utenza per la quale l'azienda resistente non ha mai ricevuto il correlativo corrispettivo.

2.4 Con riferimento alla domanda di rimborso dei crediti, dei bonus traffico maturati, dell'importo di € 4,63 versato per la fruizione del servizio "tutto il calcio".

La domanda dell'utente volta ad ottenere il rimborso di tutto il credito residuo acquistato non può trovare accoglimento, in quanto la professionista non ha fornito la prova dell'esistenza del credito, né ha quantificato la richiesta. Il correlativo capo di domanda è, pertanto, da ritenersi assolutamente generico.

Analogamente, si rigetta la richiesta formulata dall'istante volta ad ottenere il rimborso dell'importo di € 4,63, versato per la fruizione del servizio "tutto il calcio", nonché dei bonus di traffico presenti alla data di sospensione e asseritamente rimasti inutilizzati. L'operatore si è mostrato collaborativo nei confronti dell'utente, riconoscendo sia bonus che accrediti vari. D'altronde, il massimale previsto per l'indennizzo ed indicato nelle condizioni generali di contratto è stato diligentemente rispettato dall'operatore in sede di gestione dei reclami.

3 Indennizzi, rimborsi e storni.

All'utente dovrà, poi, essere corrisposto un indennizzo per la sospensione dell'utenza dal 9 aprile 2010, sino alla data del 14 agosto 2010, in cui l'utenza è stata disattivata (ex multis, Delibera n. 123/11/CIR). A tale proposito, l'**art. 4**, della **delibera 73/11/CONS** espressamente recita: "nel caso di sospensione o cessazione amministrativa di uno o più servizi avvenuta senza che ve ne fossero i presupposti, ovvero in assenza del preavviso, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad € 7,50 per ogni giorno di sospensione".

L'utente ha altresì diritto ad un indennizzo per la perdita del numero, in quanto il gestore ha dichiarato l'irreversibilità della presente disattivazione. La domanda dell'utente trova accoglimento nei termini richiesti, fatti salvi i limiti imposti dall'**art. 9 della delibera 73/11/CONS** e la natura privata dell'utenza. Si riconosce, pertanto, l'indennizzo complessivo di **€ 1.000,00 (mille/00)**, per dieci anni di possesso della numerazione, **siccome dichiarato dall'utente e non contestato dall'operatore**. Tale opzione nasce dall'applicazione di un principio generale di matrice processualistica. **Autorevole dottrina** (V. Panuccio) ha esaltato, infatti, le origini antiche di un dogma - accolto anche dalla giurisprudenza - recentemente cristallizzato dal legislatore. L'illustre docente, partendo dalla significativa Cassazione, **Sez. Un., n. 761/02**, ravvisa come, da un *obiter dictum* della pronuncia, emerga il seguente principio: "negli artt. 167 e 416 cpc. è ravvisabile un vero e proprio onere di contestazione gravante sul convenuto, tale, per cui il fatto non contestato resta sottratto all'ambito degli accertamenti richiesti". Su tale

scia, la **legge 69/2009** ha, poi, novellato l'**art. 115 c.p.c.**, codificando il c.d. **principio di non contestazione**. L'**art. 115 c.p.c., 1 co.**, nella sua nuova versione, infatti, così testualmente recita: *"salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita"*.

Si riconosce all'istante, altresì, l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo proposto con la mail del 17 aprile 2010, nella misura massima prevista dalla **delibera 73/11/CONS**, per un importo complessivo pari ad **€ 300,00 (trecento/00)**.

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

€ 952,50 (novecentocinquantaque/50), per la sospensione dell'utenza senza preavviso, per 127 giorni complessivi;

€ 1.000,00 (mille/00), a titolo di perdita del numero;

€ 300,00 (trecento/00) per la mancata risposta al reclamo.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

Quanto, infine, all'eccezione proposta dal gestore per la mancata restituzione dei terminali, concessi a titolo di comodato d'uso ed alla conseguente obsolescenza dei medesimi, essa va accolta, nei soli limiti della restituzione e per il solo terminale inerente l'utenza interessata dal presente procedimento. L'operatore non ha fornito, infatti, la prova del costo degli apparati ed è impossibile, pertanto, la corretta quantificazione del danno subito dall'azienda resistente. La restituzione del terminale "samsung" (modello imprecisato), abbinato all'utenza Xxxxxxx, dovrà avvenire qualora la società reiteri la richiesta, con consegna a cura dell'utente in un negozio 3, ove presente nella stessa città di residenza della ricorrente. In mancanza, il ritiro dovrà essere eseguito a cura e spese del gestore.

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 ad entrambe le udienze, la fondatezza solo parziale dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'**articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS** - l'importo di **€ 50,00 (cinquanta/00)**, in favore dell'utente, a titolo di rimborso spese di procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.re.com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

DISPONE

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, della domanda proposta dall'utente Xxxxxxx Morace, con rigetto delle ulteriori domande.

A) L'utente è tenuto a consegnare, ovvero a mettere a disposizione del gestore il terminale samsung - abbinato all'utenza Xxxxxxx - per il ritiro, secondo le modalità riportate nel capo 3.

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

1) **€ 952,50 (novecentocinquantaque/50)**, per la sospensione dell'utenza senza preavviso, per 127 giorni complessivi;

2) **€ 1.000,00 (mille/00)**, a titolo di perdita del numero;

3) **€ 300,00 (trecento)**, per la mancata risposta al reclamo;

3) **€ 50,00 (cinquanta/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.

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.

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale