

Co.Re.Com. Cal/Ba

DELIBERAZIONE N.151

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA – PEZZANI F. c/ H3G Utenza n. xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 17/07/2014 , svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

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 dell'16 gennaio 2014, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 2061, con cui il ricorrente, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la società H3G; 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 7 febbraio 2014 (prot. n. 5814), 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;

la nota del 17 febbraio 2014 (prot.n. 7377), con cui il Responsabile del procedimento definitivo ha comunicato alle parti, l'avviso di convocazione in udienza.

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'istante, ha promosso dinanzi a questo Co.Re.Com., procedimento di conciliazione contro l'operatore H3G, che si è concluso con un verbale di mancato accordo. In sede di udienza, le parti si riportavano ciascuna ai propri scritti difensivi, l'operatore ha proposto soluzione transattiva (offrendo lo storno di Euro 285,00 sul totale dell'insoluto), non accolta dall'istante.

A seguito della mancata conciliazione lo stesso ha introdotto per il tramite del proprio rappresentante legale il presente giudizio, rappresentando quanto segue:

- 1) il ricorrente ha sottoscritto un contratto telefonico mobile con l'operatore H3G, il quale prevedeva la possibilità di usufruire di un certo numero di sms e di minuti di telefonate gratuite a fronte della corresponsione di un costo mensile di Euro 32,00;
- 2) tuttavia, già dal primo mese, sono state addebitate all'istante delle somme non corrispondenti all'offerta sottoscritta (Euro 107,97), circostanza subito reclamata al gestore telefonico mediante l'invio di una raccomandata con ricevuta di ritorno. Successivamente il deducendo ha inviato un ulteriore reclamo scritto tramite fax, il 24 giugno 2013, rimasti entrambi senza riscontro;
- 3) ha specificato di aver sempre pagato tutte le fatture tramite addebito bancario, nonostante le stesse non siano mai state recapitate all'istante, ad eccezione della somma di Euro 160,00. Il

gestore, nel corso del rapporto contrattuale ha prelevato indebitamente dal conto corrente dell'istante, la somma di Euro 700,00.

Ha chiesto pertanto, *"il giusto indennizzo per il mancato riscontro ai reclami...lo storno della posizione debitoria...rimborso di quanto indebitamente pagato...il giusto indennizzo per pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta"*.

In seguito all'avvio del procedimento, il 10 marzo 2014, la H3G nel rispetto dei termini assegnati, ha prodotto memorie e documenti. In particolare, l'operatore ha contestato le domande della ricorrente, chiedendo in primis l'inammissibilità e l'improcedibilità delle domande di indennizzo per pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta, nonché per la richiesta di rimborso di quanto pagato, in quanto domande nuove e non sottoposte al propedeutico tentativo di conciliazione. Inoltre ha evidenziato che le contestazioni dell'istante sono generiche e pertanto compromettono il diritto di difesa della H3G.

Nel merito ha specificato che:

- 1) Le contestazioni di parte istante riguardano la numerazione in oggetto e tutte le fatture riconducibili a tale utenza;
- 2) il numero mobile è stato attivato dal ricorrente il 19 gennaio 2013 con piano tariffario "Pro 800" ed era abbinato ad un telefono cellulare, acquistato tramite rateizzazione del prezzo in fattura. L'utenza è stata disattivata il 6 giugno 2013;
- 3) La fattura pari a Euro 107,97, si riferisce ai consumi relativi al mese di marzo 2013 -di cui ha prodotto i tabulati telefonici- ed è pertanto legittima in quanto contiene costi per canoni, tassa di concessione governativa, spese di spedizione e consumi;
- 4) ha specificato, in merito al mancato recapito delle fatture, che le stesse sono state inviate all'indirizzo indicato dal ricorrente nel contratto stipulato tra le parti;
- 5) inoltre il deducente ha un insoluto pari a Euro 752,09, quantificate dal gestore quali somme dovute per recesso anticipato dal contratto e per la rateizzazione del telefonino.

Nonostante ciò l'operatore ha formulato al fine di transigere la vertenza, la seguente proposta transattiva: *"il pagamento della fattura di importo pari a Euro 503,03"*.

Ad integrazione di quanto già affermato con istanza di definizione, il ricorrente ha depositato repliche alla memoria difensiva prodotta dall'operatore, con cui ha precisato che:

- La richiesta di indennizzo per pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta è coincidente con le richieste formulate in sede di tentativo di conciliazione;
- il primo reclamo inviato dall'istante, si riferisce, non alla fattura indicata da H3g nelle proprie memorie, di importo pari a Euro 101,43, bensì alla prima fattura addebitata di importo pari a Euro 107,97.

In conclusione, ha insistito nelle richieste già formulate con istanza di definizione.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento, ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Ancora in via preliminare, vengono dichiarate inammissibili le eccezioni preliminari mosse dall'operatore di inammissibilità e/o improcedibilità delle richieste di indennizzo per pratica commerciale scorretta e pubblicità ingannevole, in quanto le domande formulate con istanza di definizione sono coincidenti con le richieste formulate con istanza UG.

Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

L'udienza di discussione si è tenuta il 3 marzo 2014, ove, le parti si riportavano ciascuna ai propri scritti difensivi. Preso atto dell'impossibilità di addivenire ad un accordo, si rimetteva il fascicolo per la decisione.

2. Riguardo al merito.

2.1 Sulla richiesta di annullamento/ rimborso degli importi fatturati.

Preliminarmente, risulta provato che tra le parti è intercorso un contratto di somministrazione di servizi telefonici di rete mobile, attivato, previa portabilità, in data 19 gennaio 2013, con piano tariffario "Pro 800", con acquisto di un terminale e con rateizzazione del prezzo. Detto contratto è stato risolto in data 6 giugno 2013, su richiesta di parte istante, che migrava ad altro operatore.

Il ricorrente, con istanza di definizione, ha richiesto il rimborso di quanto indebitamente pagato in più rispetto all'offerta commerciale cui ha aderito (32 Euro al mese tutto compreso), nonché lo storno dell'attuale posizione debitoria.

Il gestore, con proprie memorie, ha ribadito la regolarità sia dell'invio delle fatture all'indirizzo indicato nel contratto, che degli importi indicati, contenenti addebiti per canoni, tassa di concessione governativa, spese di spedizione fatture e consumi ulteriori. Importi conformi alle pattuizioni contrattuali ed ai costi previsti dal profilo tariffario abbinato all'utenza de quo. In merito agli ulteriori addebiti, contenuti nelle ultime due fatture inviate, ha sostenuto la legittimità di tali importi. Ha rappresentato che il contratto di che trattasi non è un normale contratto di abbonamento, ma presenta alcune "specificità", quali, l'applicazione di sconti tariffari, l'acquisto, tramite finanziamento senza interessi, di un terminale e lo sconto della rata mensile del terminale sul canone del servizio reso. Per poter accedere a tali agevolazioni, l'utente si è impegnato, all'epoca della sottoscrizione, a rimanere vincolato a tale contratto per un periodo di 30 mesi, accettando, in caso di recesso anticipato, di pagare i relativi costi.

Pertanto le domande di storno/rimborso delle fatture non possono trovare accoglimento.

In proposito, la giurisprudenza di merito ha chiarito che: i contratti contenenti siffatte offerte promozionali, derogano al divieto contenuto nell'art. 1 della L. 40/2007, citata. Inoltre il diritto allo sconto che il cliente acquisisce sottoscrivendo l'offerta promozionale, è subordinato alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine, accettato dall'utente. L'operatore mette a disposizione dell'utente due diverse offerte tra le quali è libero di scegliere: una a prezzo pieno, dalla quale può receder senza preavviso e senza essere sottoposto a rimborsi e un'altra promozionale a prezzo ridotto per le quali le parti accettano una durata minima, che non preclude il recesso anticipato, ma che consente all'operatore di recuperare al momento del recesso anticipato, quanto non ha ottenuto (cfr. Consiglio di Stato in sede giurisdizionale n. 1442/2010). Nel caso di risoluzione contrattuale anticipata, la ratio giustificativa delle penali, risiede, nella necessità di garantire all'operatore un ritorno economico, al fine di ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto e di riequilibrare i benefici economici concessi al cliente con un riallineamento forfettario alle condizioni economiche dei contratti base.

Pertanto, a fronte delle contestazioni effettuate dal ricorrente, spetta all'operatore provare di aver legittimamente addebitato gli importi in quanto dovuti e di aver agito secondo le norme contrattuali.

Nel caso di specie, l'operatore ha evidenziato che l'odierno istante, si è giovato, delle promozioni nascenti dal contratto, perciò ha insistito nella legittimità degli addebiti effettuati, che non costituirebbero penali per recesso anticipato, bensì costi mantenuti per erogare il tipo di servizio chiesto, o almeno per recuperare il costo dei terminali. La fattura n. 1389045090, di importo pari a euro 243,03, contiene somme dovute in conseguenza della risoluzione anticipata del contratto, mentre la fattura n. 1388035134, di importo pari a Euro 503,03 contiene costi per rate telefono. L'interruzione anticipata del contratto, comporta anche l'obbligo di versare le rate ancora dovute per completare l'acquisto del terminale in una unica soluzione e non più a rate detratte dalle fatture.

Tanto premesso, si condividono i rilievi espressi dall'operatore e, conseguentemente, si rigetta la domanda di storno/rimborso formulata dall'odierno ricorrente.

Inoltre, non è ascrivibile all'operatore neppure una scorretta fatturazione. Dalle fatture depositate agli atti, non vi è evidenza di un'eventuale irregolarità da parte dell'operatore nell'applicazione della tariffa promozionale, essendo stati correttamente addebitati i costi di abbonamento scontati.

Per quanto sopra risulta dunque infondata la *richiesta di rimborso di quanto pagato in eccedenza in vigenza del contratto de quo*

3. Sulla mancata risposta ai reclami

La domanda dell'utente è fondata per le seguenti ragioni. Vi è traccia documentale in ordine al reclamo che l'istante ha inviato nel corso del rapporto contrattuale; ossia il 15 aprile (tramite raccomandata con ricevuta di ritorno) e il 24 giugno 2013 per il tramite del proprio legale di fiducia.

Si ribadisce, anche con riferimento all'indennizzo per mancata risposta al reclamo, che nella determinazione della misura dell'indennizzo, non si può prescindere dalla valutazione complessiva della fattispecie e dalle ripercussioni che, secondo un criterio di ragionevolezza, possono essere derivate dal difetto di interlocuzione, dovendosi impedire che da tale incomunicabilità con l'operatore – certamente imputabile a quest'ultimo in quanto soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato – possano discendere misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate.

Si rileva, che nel caso de quo, l'istante ha fornito prova dell'invio di un reclamo scritto, circostanza tuttavia non contestata da parte del gestore telefonico. Non appare condivisibile, invece, quanto dallo stesso affermato "di aver provveduto, seguito reclamo del cliente a rispondere tramite mail", in quanto non ha prodotto prova che la stessa sia stata ricevuta da parte istante. Né che, al secondo reclamo inviato da parte istante, abbia risposto in sede di udienza di conciliazione, per cui la richiesta del deducente di indennizzo è accolta.

Ne consegue che il gestore, non ha rispettato il termine stabilito in 45 giorni, previsto per la risposta ai reclami, con un ritardo di 231 giorni (considerati dalla data di invio del reclamo all'15 aprile 2013 al 16 gennaio 2014, data di presentazione del Gu14).

Per tali ragioni si riconosce un indennizzo pari a € 231,00 (duecentotrentuno/00), al parametro giornaliero di Euro 1,00, conformemente a quanto stabilito dall'art. 11 della delibera 73/11 CONS, allegato A.

4. Sulla richiesta di indennizzo per pratica commerciale scorretta e pubblicità ingannevole

La domanda dell'istante di rimborso di quanto indebitamente pagato alla società sino alla data di migrazione ad altro operatore, non può essere accolta per le ragioni sopra esposte.

Parimenti, per le stesse ragioni, si ritiene inoltre di dover rigettare la richiesta di indennizzo per pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta formulata dal ricorrente; per cui le relative richieste sono rigettate.

5. Sulle spese di procedura.

L'art. 19, al comma 6, del Regolamento allegato alla delibera Agcom n. 173/07/ CONS, 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".

Non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese.

Per tutto quanto sopra esposto.

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria 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. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

In parziale accoglimento dell'istanza formulata dal signor Pezzani F. nei confronti della società H3G, la stessa è tenuta a liquidargli mediante assegno o bonifico bancario le seguenti somme a titolo di indennizzo:

- Euro € 231,00 (duecentotrentuno/00) per mancata risposta ai reclami.
- Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;
- Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Il gestore è tenuto a comunicare a questo Co.Re.Com. l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima;

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. l.vo 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

I Componenti

F.to Prof. Carmelo Carabetta

F.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

F.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

F.to Avv. Rosario Carnevale