

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 11

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Comune di Xxxxx c/ H3G Xxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 16/01/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente
Dott. Paolo Posteraro	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali del Comitato;

Visti:

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

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";

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

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

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

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 Corecom 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";

Vista l'istanza del 31 marzo 2011, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 16085, con cui il Comune di Xxxxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria per la definizione della controversia in essere con la Società H3G Xxxxx, 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.;

Viste la nota del 4 aprile 2011 (prot. n. 17176 del 6 aprile 2011), 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;

Visto, altresì, l'avviso di convocazione (prot. n. 32703 del 30 giugno 2011) 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 19 luglio 2011, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 19 luglio 2011, 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

Il Comune di Xxxxx promuoveva, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società H3G Xxxxx. La conciliazione si concludeva con esito negativo.

Il 31 marzo 2011, l'istante demandava all'adito Corecom la definizione della controversia.

Esponeva il ricorrente, di aver stipulato con H3g - in data 01 giugno 2006 - un contratto inerente la proposta di abbonamento *3 Business - Canale business*, per l'attivazione di 11 utenze.

In particolare, le doglianze dell'utente riguardavano l'illegittimo addebito della somma di € 3.828,60, richiesta, a titolo di penale per recesso anticipato, attraverso la fattura n. xxx del 15 dicembre 2009.

A tale proposito, il Comune deduceva espressamente che:

- 1) la proposta prevedeva il comodato gratuito di 11 videofonini;
- 2) tali apparecchi venivano restituiti nel mese di ottobre 2008, in quanto malfunzionanti;
- 3) H3G consegnava al ricorrente undici nuovi terminali, in comodato d'uso, anch'essi restituiti il 03 ottobre 2009 con corriere espresso;
- 4) la restituzione faceva seguito alla disdetta regolarmente esercitata con nota del 13 luglio 2009;
- 5) i costi per recesso anticipato non erano giustificati, in quanto il diritto era stato esercitato, nelle forme di legge, a distanza di tre anni dalla sottoscrizione della proposta di abbonamento, anche alla luce del decreto Bersani bis convertito con **legge n. 40/2007**;
- 6) in ogni caso, il gestore non aveva documentato le spese sostenute in occasione del recesso, siccome richiesto dal Comune con la nota del 31 gennaio 2011, non assolvendo in tal modo all'onere della prova posto a suo carico;

- 7) la proposta transattiva di H3G, con la quale il gestore richiedeva la somma di € 500,00 a fronte della spese sostenute, si appalesava indeterminata;
- 8) la sostituzione dei telefonini, dalla quale H3G intenderebbe far decorrere un nuovo contratto, avveniva a causa di un loro malfunzionamento, siccome denunciato dal Comune di Xxxxx durante il mese di ottobre 2008;

Richiedeva, pertanto, l'utente l'annullamento della fattura n. xxx del 15 dicembre 2009.

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

- a) il contratto, stipulato in data 01 giugno 2006, era stato sostituito per volontà del ricorrente dal "*modulo cambio offerta Inuse 2008*" - sottoscritto il 23 ottobre 2008 - con la consegna di ulteriori undici terminali, concessi in comodato d'uso;
- b) l'addebito delle somme per recesso anticipato era legittimo, nonché conforme a quanto pattuito nel nuovo contratto;
- c) **ex art. 6.2 del Regolamento di servizio**, il contratto aveva una durata minima di 24 mesi;
- d) la legittimità dell'addebito era riconducibile alla predeterminazione *ex contractus* degli oneri posti a carico dell'utente in caso di recesso anticipato;
- e) l'offerta commerciale prevedeva la concessione di terminali a un costo molto esiguo rispetto a quello di mercato, nonché l'applicazione di tariffe convenienti rispetto a quelle standard dei clienti comuni;
- f) l'utente, a fronte di tali vantaggi, si impegnava a restare vincolato per un certo periodo di tempo verso il gestore, con conseguente affidamento di quest'ultimo;
- g) l'interruzione del rapporto creava, per quanto sopra, uno squilibrio contrattuale in sfavore di H3G;
- h) proponeva per mero spirito conciliativo il pagamento da parte del Comune della somma di € 500,00 a fronte dell'attuale insoluto, fatte salve le somme dovute a titolo di tributi e sanzioni da ritenersi comunque a carico dell'utente.

Motivi della decisione

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 meritano accoglimento, come da dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia mobile, tipo *business*. 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 Con riferimento alle somme richieste per il recesso anticipato

Il Comune di Xxxxx, come visto, lamenta l'addebito di somme non dovute a titolo di penali per recesso anticipato.

Le parti si dilungano l'una (il Comune), nel provare l'esistenza di un rapporto senza soluzione di continuità dal 01 giugno 2006, sino alla data del recesso e, l'altra, nel confutare l'assunto di controparte deducendo la presenza di una novazione. Le contrapposte argomentazioni prendono le mosse dal dogma dell'ineludibilità del termine biennale di durata del contratto.

L'angolo di visuale dell'indagine è, invero, ben diverso.

Il decreto Bersani bis (convertito con L. n. 40/2007) all'**art. 1, co. 3**, prevede che *"i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle...omissis"*.

Come chiarito dalla Direzione Tutela dei Consumatori, lo spirito della norma è quello di garantire la massima concorrenza fra le offerte disponibili sul mercato, per rafforzare il diritto di scelta dei consumatori. La norma resterebbe lettera morta ove, invece, l'operatore imponesse all'utente di corrispondere delle somme svincolate da costi effettivamente sostenuti e documentati. In altri termini, l'**art. 1, co. 3, della legge 40/2007** ha inteso offrire all'utente la possibilità di recedere liberamente e tale possibilità sarebbe vanificata ove il gestore onerasse l'utente del pagamento di importi diversi da quelli correlati alle spese vive sopportate.

L'operatore, invero, ritiene la sussistenza di un obbligo del Comune alla corresponsione di tali somme per effetto del combinato disposto dell'**art. 6.2 e dell'art. 7.1 del Regolamento di servizio**. In particolare, l'**art. 6.2** stabilisce la durata minima del contratto fissandola in mesi 24, mentre l'**art. 7.1** dispone espressamente che: *"qualora il cliente receda dal contratto nel corso dei primi 24 (ventiquattro) mesi di durata dello stesso dovrà corrispondere ...omissis ...quale corrispettivo per recesso anticipato i seguenti importi....omissis...."*.

Quanto sin qui esposto impone una delimitazione dell'oggetto giuridico di indagine.

Com'è noto, in base al grado di vincolatività le norme si possono distinguere in inderogabili o cogenti, ovvero in derogabili o dispositive. Le prime, a differenza delle seconde, sono quelle la cui applicazione è imposta dall'ordinamento prescindendo dalla volontà dei singoli.

Orbene, la norma contenuta nell'**art. 1, co. 3, della legge 40/2007** ha natura cogente. Tale disposizione si sovrappone, sostituendola, alla clausola contrattuale invocata da H3G, riconducendola nell'alveo previsto dal Legislatore. Per espressa previsione delle citate linee guida, poi, la norma si applica anche agli utenti business, qualora la clausola sia inserita all'interno di contratto per adesione.

In secondo luogo, la proposta transattiva di H3G, rivolta alla definizione in via bonaria della vertenza, a fronte della corresponsione da parte del Comune della somma di € 500,00 - ponendo a carico di quest'ultimo gli eventuali tributi - è oltremodo generica. Il gestore è onerato dal provare la spesa da richiedere all'utente siccome indicato nell'anzidetto **art. 1, co 3**; di guisa avrebbe dovuto indicare le singole voci che compongono la richiesta anche alla luce di una valutazione del valore dei terminali.

Non appare pleonastico evidenziare, poi, che alla luce delle affermazioni del ricorrente i videofonini sono stati restituiti al gestore; peraltro tale affermazione è incontestata da controparte.

La restituzione dei terminali - il cui costo è stato probabilmente remunerato, durante il periodo di vigenza del contratto - ed il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del gestore, rendono pienamente legittimo, nonché conforme ad equità, l'accoglimento della richiesta di storno della fattura.

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

La fattura n. xxx del 15 dicembre 2009 contenente addebiti a titolo di penale per recesso anticipato andrà, dunque, integralmente stornata. H3G è tenuta a manlevare il Comune dalle pretese tributarie, inclusi gli eventuali accessori.

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 del Comune ad entrambe le udienze; di tal guisa, si riconosce, al Comune di Xxxxx l'importo di € 150,00 (centocinquanta/00), a titolo di rimborso spese di procedura, in conformità a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS.

Vista la proposta di decisione del Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali di questo Comitato, 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. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

In accoglimento della domanda, lo storno della fattura n. xxx del 15 dicembre 2009, tenendo indenne il Comune da eventuali pretese tributarie, accessori inclusi, sulle somme addebitate a tale titolo.

La società H3G Xxxxx è tenuta, altresì, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico la somma di € 150,00 (centocinquanta/00), a titolo di rimborso spese di procedura.

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.

I COMPONENTI

f.to Dott. Gregorio Corigliano

f.to Dott. Paolo Posteraro

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V.

IL DIRIGENTE

f.to Avv. Rosario Carnevale