

Co.Re.Com. Cal./BA

DELIBERAZIONE N. 204

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA– MARTINO xxx / H3G xxxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 14/11/2013, 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 ss.mm. e ii.;

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 ss.mm. e ii.;

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 9 maggio 2013, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 21501, con cui la signora Martino xxx ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Società H3G xxx. 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 ss. mm. e ii.;

la nota del 17 maggio 2013, prot. n. 23087, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

la nota di convocazione del 12 settembre 2013 prot. n. 39709, con cui il responsabile del procedimento definitorio ai sensi dell'art. 15 comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire alla relativa udienza di discussione;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La signora Martino xxx, ha promosso dinanzi al Co.Re.Com. Calabria, il 30 aprile 2013 procedimento di Conciliazione contro l'operatore H3G xxx., avente ad oggetto: "*addebito somme in contestazione, inadempimento contrattuale*". A seguito della mancata conciliazione, ha introdotto il presente giudizio, ed ha rappresentato quanto segue:

- 1) la ricorrente è titolare di un contratto telefonico mobile con l'operatore H3G;
- 2) dopo aver ricevuto delle fatture contenenti traffico extra soglia, ha inoltrato numerosi reclami per contestare tali addebiti, ed ha anche richiesto il dettaglio delle chiamate, senza ricevere alcuna risposta;
- 3) ha contestato inoltre la fattura n. xxxxxxxxxxxx, nella quale le sono stati addebitati costi per recesso anticipato.

Ha chiesto un "*indennizzo pari a Euro 1.000,00*".

Ad integrazione di quanto già affermato con istanza di definizione, la ricorrente ha depositato memoria difensiva con cui ha precisato che: "*con reclami scritti tramite il servizio clienti della H3G ed altri reclami inviati via fax, lamenta disservizi con l'operatore per assenza segnale....chiede più volte all'operatore di ricevere maggiori dettagli dei costi indicati in fattura*". Ha richiesto pertanto:

- un indennizzo pari a Euro 500 per mancata risposta ai reclami;
- un indennizzo pari a Euro 200 per assenza di rete presso la residenza della ricorrente;
- un indennizzo di Euro 300 per mancata risposta ai reclami scritti tramite il sito internet;
- un indennizzo di Euro 300 quali spese di procedura.

In seguito all'avvio del procedimento, avvenuto il 17 maggio 2013, la H3G nel rispetto dei termini assegnati, ha prodotto memorie e documenti. In particolare l'operatore, ha contestato le domande della ricorrente, eccependo in particolare l'inammissibilità della domanda di indennizzo in quanto domanda nuova, non presente nel formulario UG.

Sempre in via preliminare ha evidenziato l'inammissibilità dell'istanza per carenza dei requisiti di cui all'art.14, comma 2, e art.7, comma 1, delibera 173/07/CONS: " *in quanto non contiene tutti gli elementi prescritti dall'art. 14*". Nello specifico, l'istante non ha indicato la corretta denominazione e la sede legale dell'operatore. Ha fatto presente che:

- 1) la H3G ha attivato all'istante la promozione "Top400", comprendente costi per acquisto a rate del telefono modello "Apple iPhone 5 16 GB nero I";
- 2) il 25 gennaio 2013, l'utenza è stata disattivata per portabilità verso altro operatore;
- 3) il cliente, ha sostenuto di aver reclamato i disservizi subiti, con comunicazione del 17 dicembre 2012, ma non ha fornito la prova di invio di tale comunicazione al gestore;
- 4) ha contestato inoltre quanto asserito dalla ricorrente che il superamento del traffico extra soglia sia dovuto ad una mancanza di copertura del segnale H3G;
- 5) ha ribadito come legittimi gli importi presenti nelle fatture contestate.

In conclusione, senza riconoscimento di responsabilità e per mero spirito conciliativo ha proposto la somma di Euro 150,00 avanzata già in sede di conciliazione al fine di comporre bonariamente la vertenza.

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 proponibile.

Sempre in via preliminarmente occorre chiarire che la richiesta di indennizzo quantificata in maniera generica in Euro 1.000,00 da parte istante, non sarà oggetto di trattazione in quanto, tanto la quantificazione quanto la liquidazione del danno esulano dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione della 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*", come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, del Regolamento, con esclusione dunque di qualunque richiesta di risarcimento dei danni patiti, giacché il risarcimento è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

Ancora in via preliminare, vengono rigettate e dichiarate inammissibili le domande dell'istante di liquidazione di un indennizzo per assenza di rete presso la residenza dell'utente perché domande nuove che non sono state in alcun modo oggetto del precedente tentativo di conciliazione.

Viene rigettata anche l'eccezione di inammissibilità per carenza dei requisiti di cui all'art.14, comma 2, e art.7, comma 1, delibera 173/07/CONS, formulata dal gestore telefonico. Nello specifico, è pur vero che l'istante non ha indicato la corretta denominazione e la sede legale dell'operatore, ma tali dati sono facilmente desumibili dal corpo dell'istanza depositata.

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

Si deve, altresì, dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: entrambe le parti hanno aderito all'udienza di conciliazione.

L'udienza di discussione per la presente definizione si è conclusa con un verbale di mancata comparizione da parte dell'istante.

2. Riguardo al merito

2.1 Sulla richiesta di rimborso delle somme addebitate quali penali per recesso anticipato

L'istante ha contestato la fattura n. xxxxx, inviata dalla H3G e contenente somme per recesso anticipato dal contratto.

In merito a ciò, si osserva che l'operatore, in memoria, ha dichiarato che la somma di euro 243,03, è stata addebitata a titolo di "canone e costi relativi a recesso anticipato". Ha sostenuto la legittimità di tale richiesta in ragione dell'operatività dell'art. 10, del Regolamento di servizio e in ragione del fatto che il contratto stipulato tra le parti prevedeva: " *la rateizzazione senza costi del prezzo degli apparati; l'applicazione su ciascuna fattura di uno sconto pari all'importo della rata addebitata per l'acquisto del telefono; l'applicazione di tariffe convenienti*". Ha inoltre ricordato due precedenti giurisprudenziali i quali pongono una distinzione tra recesso

da un abbonamento "Tout court" e recesso da "specifiche offerte promozionali", per ribadire che la contestazione dell'istante non ricadrebbe nell'ambito di operatività della normativa del 2007 e per tanto la legittimità delle somme richieste.

Ebbene, la legge 2 aprile 2007, n. 40, prevede, all'articolo 3, che il recesso dal contratto possa essere effettuato "senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore"; ciò significa che, in caso di recesso, possono essere addebitate all'utente le sole spese vive per la chiusura tecnico-amministrativa del contratto.

Tuttavia, nel caso di specie risulta che l'istante ha pagato regolarmente la somma di Euro 604,94, somme dovute per rate residue telefoni e altri terminali e che lo stesso ha esercitato un recesso con portabilità per sottrarsi alla corresponsione ingiustificata di importi richiesti dalla H3G nelle fatture.

Per quanto riguarda il richiamo degli orientamenti giurisprudenziali effettuato in memoria dalla H3G, si deve far presente che l'operatività delle penali, in quanto somme richieste a titolo di "recesso da specifiche offerte promozionali" quali:

- "la rateizzazione senza costi del prezzo degli apparati;
- l'applicazione su ciascuna fattura di uno sconto pari all'importo della rata addebitata per l'acquisto del telefono;
- l'applicazione di tariffe convenienti";

nel caso de quo sono state pagate dall'istante corrispondendo le somme presenti in fattura - di importo pari a Euro 604,94- quali costi per telefoni e altri terminali. Per cui non sono giustificate altre somme richieste a titolo di specifiche offerte promozionali.

Non ritenendosi, pertanto, che H3G abbia diritto a somme a titolo di penali e/o costi per recesso anticipato, si accoglie la richiesta di rimborso delle somme regolarmente pagate nella fattura n. 1349021922 di importo pari a euro 243,03 (duecentoquarantatre/03).

2.2 Sulla richiesta di ripetizione degli importi pagati con fattura n. xxxxx

L'istante ha contestato le somme pagate con fattura n. xxx di importo pari a euro 194,04, in quanto contenente addebiti per traffico extra soglia. Dall'esame della documentazione prodotta, il contratto di abbonamento che la signora Martino ha stipulato con l'operatore H3G, concerne il Piano tariffario "top 400", per la propria utenza mobile, il quale prevede, a fronte della corresponsione di una somma mensile, la fruizione di 100 minuti per chiamate nazionali, 25 sms nazionali verso tutti, internet sotto rete 3.

Nel merito, al fine di chiarire le posizioni oggetto della presente disamina, occorre richiamare in riferimento alla contestazione delle fatture l'orientamento giurisprudenziale consolidato (Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), secondo il quale: "*l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile.....resta quindi rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.....*". Infatti non si può riconoscere alle fatture emesse prova della somministrazione dei servizi: "*per la sua formazione ad opera della stessa parte che intende avvalersene non può assurgere a prova del contratto....mentre nessun valore neppure indiziario le si può riconoscere in ordine alla rispondenza della prestazione stessa a quella pattuita*(Cassazione Civile, Sez. III, 3.4.2008, n. 8549; ...)".

Si richiama ancora l'art. 3, comma 6, della Delibera 126/07/CONS, secondo cui: "*nel caso di opzioni o promozioni che a titolo oneroso diano luogo al diritto di usufruire di una quantità di servizi predeterminata, in termini di tempo o di volume, l'operatore di telefonia informa il consumatore, in prossimità dell'esaurirsi di dette quantità, dell'imminente ripristino delle condizioni economiche previste dall'offerta precedentemente sottoscritta*". La signora Martino, ha sostenuto di non essere stata preavvisata dalla H3G.

Anzi, ha più volte sollecitato l'invio del dettaglio dei costi indicati in fattura, ma non ha mai ricevuto alcuna risposta. Al riguardo, la H3G, nella propria difesa, ha sostenuto che l'utenza oggetto di contestazione ha regolarmente prodotto traffico nel periodo in considerazione oltre le soglie contrattuali, pertanto le somme addebitate sono legittime.

Da ciò consegue che, in caso di offerte che prevedono la possibilità di fruire di una determinata quantità di servizi, in termini di tempo o di volume, per un certo periodo di tempo ad un prezzo predefinito, l'operatore deve fornire idoneo preavviso all'utente circa l'imminente raggiungimento del limite prestabilito e una adeguata informativa sulla conseguente fatturazione aggiuntiva in caso di superamento del predetto limite. In

manca di tali comunicazioni, gli importi addebitati all'utente con fatturazione "a consumo" per servizi fruiti "extra soglia", sono da considerarsi illegittimi.

E' dunque possibile rilevare a carico dell'operatore H3G, una responsabilità in ordine alla illegittima fatturazione degli importi contestati. Perciò, a fronte della contestazione effettuata dalla signora Martino, spetta all'operatore provare di aver legittimamente addebitato gli importi in quanto dovuti. Ebbene, nel caso di specie, deve rilevarsi che la società H3G non ha rispettato il disposto di cui agli artt. 3, comma 6, della Delibera n. 126/07/CONS e art. 2 Delibera 326/10/CONS, consentendo il traffico oltre la soglia sottoscritta e causando l'addebito al cliente della somma di € 114,64 oltre ad Iva.

In considerazione di quanto sopra esposto, la richiesta dell'istante in ordine alla restituzione degli importi eccedenti addebitati a titolo di traffico "extra soglia" è accolta, anche in considerazione della richiesta, in corso di giudizio, di parte istante di poter disporre dei tabulati in chiaro di tutte le fatture contestate mai ottemperato da parte del gestore.

La H3G pertanto dovrà così provvedere: restituire le somme pagate dalla signora Martino a seguito della fattura n. 1254659118 per un importo pari a euro di 114,64 oltre iva.

3. Mancata risposta reclami

La domanda dell'utente è infondata per le seguenti ragioni.

L'istante con memorie successive all'avvio del procedimento ha allegato, missive del 17 dicembre 2012 e del 23 gennaio 2013 inviate alla H3G al fine di contestare gli importi addebitati con fatture, richiedendo l'indicazione dettagliata del traffico generato al fine di poter verificare l'attendibilità dei dati.

Si ribadisce, con riferimento all'indennizzo per mancata risposta al reclamo, che nella determinazione della misura dello stesso 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 non ha fornito prova dell'invio dei reclami all'operatore, né dei reclami scritti inviati tramite il sito internet, per cui la relativa richiesta è rigettata.

4. Con riferimento alle spese di procedura

L'art. 19, comma 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".

Nel caso di specie, l'udienza di conciliazione si è conclusa con un verbale di mancata conciliazione alla presenza di entrambe le parti, mentre l'udienza di definizione si è conclusa con un verbale di mancata comparizione da parte dell'istante. Per tali motivi, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese di procedura.

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;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento nei limiti esposti in motivazione dell'istanza presentata dalla signora Martino xxxx, per il che la società H3G xxx. è tenuta a corrispondere a favore dell'istante, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- 1) rimborso delle somme pagate seguito fattura n. xxxxxxxxxx di importo pari a euro 243,03 (duecentoquarantatre/03);
 - 2) rimborsare l'importo della fattura contestata n. xxxxxx pari a euro di 114,64 oltre iva.
- 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;
 - La società H3G xxxx. è tenuta 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'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com.

F.to Avv. Rosario Carnevale