

Co.Re.Com. Cal./BA

DELIBERAZIONE N. 76

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA- XXXXXX FEMIA / H3G Xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 24/03/2014, 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 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 30 settembre 2013, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 41852, con cui il signor Femia Xxxxxx 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 10 ottobre 2013, prot. n. 43827, 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 16 gennaio 2014, prot. n. 1945, 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;

la nota del 31 gennaio prot. n. 4866 (del 3 febbraio 2014), con cui il legale rappresentante dell'istante ha fatto pervenire comunicazione di impossibilità a presenziare all'udienza di discussione e chiedeva l'accoglimento dell'istanza come da memorie in atti.

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il signor Femia Xxxxxx, ha promosso dinanzi al Co.Re.Com. Calabria, il 25 settembre 2013, procedimento di conciliazione contro l'operatore H3G Xxx, avente ad oggetto: *"addebito somme in contestazione, modifica unilaterale termini contrattuali"*. A seguito della mancata conciliazione, 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 pari a Euro 10,00;
- 2) tuttavia, già dalla prima fattura, vengono addebitate all'istante delle somme per costi di copertura sotto altri operatori; circostanza subito reclamata sia presso il centro servizi in cui ha stipulato il contratto, sia per il tramite del portale tre;

3) inoltre ha contestato una mancanza di trasparenza contrattuale nelle informazioni rese dall'agente.

Ha chiesto pertanto, lo "storno delle penali contrattuali e indennizzo pari a Euro 500,00 oltre spese di procedura".

In seguito all'avvio del procedimento, il 10 ottobre 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 che:

- 1) Le contestazioni dell'istante riguardano le numerazioni xxx xxxxx e xxx xxxx attivate il 23 aprile 2013, con il profilo tariffario "3power 10" e disattivate il 12 agosto 2013;
- 2) le caratteristiche e le modalità di erogazione del servizio sulle utenze in questione sono descritte nel profilo tariffario attivato (e già precedentemente utilizzato dal signor Femia);
- 3) le condizioni generali di contratto prevedono all'art. 2, punto r, " la possibilità per il cliente di fruire di parte dei servizi UMTS anche in aree non coperte dalla rete di "3" in virtù di relativi accordi tra quest'ultima ed altri operatori GSM;"
- 4) dai tabulati telefonici allegati alla memoria si evince che il traffico generato sotto altri operatori è sporadico;
- 5) ciò posto il signor Femia non può dolersi della presunta carenza informativa tenuto conto dei canali messi a disposizione dal gestore tre per valutare le proposte contrattuali e i profili tariffari.

Nonostante ciò l'operatore ha formulato al fine di transigere la vertenza la seguente proposta transattiva: "lo storno della metà dell'attuale insoluto determinato dalle rate residue dei terminali acquistati dal signor Femia pari a Euro 323,96 a fronte del pagamento da parte dell'istante della relativa somma di Euro 161,98".

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:

- il signor Femia ha riattivato il numero xxx xxxxx (precedentemente utilizzato con l'operatore Tre) ed ha attivato un nuovo numero xxx xxxxx, il 23 aprile 2013;
- dopo una settimana si è recato presso il punto vendita in cui ha stipulato il contratto per lamentare la problematica del "roaming con altri gestori telefonici";
- l'agente non ha informato dettagliatamente il signor Femia del profilo tariffario attivato e di eventuali limiti della tipologia della promozione sottoscritta.

Ha formalizzato infine una proposta per dirimere la controversia: "Sblocco codice IMEI telefoni; indennizzo per mancata risposta al reclamo del 9 agosto 2013; storno totale della posizione debitoria per mancata trasparenza contrattuale, spese di procedura pari Euro 100".

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.

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

Ancora in via preliminare, vengono dichiarate inammissibili le domande dell'istante volta ad ottenere lo sblocco dei codici IMEI dei terminali, in quanto non rientrante nell'ambito di applicazione delle competenze dell'Autorità.

L'udienza di discussione per la presente definizione si è conclusa alla sola presenza del legale rappresentante del gestore telefonico, in quanto l'istante ha fatto pervenire comunicazione di impossibilità a presenziare all'udienza ed ha chiesto che il fascicolo venga ritirato per la decisione.

2. Riguardo al merito

2.1 Sulla mancata trasparenza contrattuale afferente all'offerta sottoscritta con conseguente richiesta di annullamento delle fatture emesse

L'istante ha contestato le somme richieste dall'operatore H3G, in quanto contenenti traffico generato sotto altri operatori, nonché penali per recesso anticipato.

In merito a ciò, l'operatore ha osservato in memoria, che la somma richiesta e pari a euro 323,96, è stata addebitata a titolo di "*rate residue dei terminali acquistati dal signor Femia*", ed ha pertanto sostenuto la legittimità di tale richiesta in ragione dell'operatività della iniziale *rateizzazione dei terminali*.

Dall'esame inoltre della documentazione prodotta, il contratto di abbonamento che l'istante ha stipulato con l'operatore H3G, concerne il Piano tariffario "3 Power10", per le utenze mobili sopra specificate, il quale prevede, a fronte della corresponsione di una somma mensile, la fruizione un certo numero di minuti per chiamate nazionali, sms nazionali verso tutti, internet sotto rete 3.

Si deve sottolineare che ai sensi della delibera 126/07/CONS (art. 3 co. 6°), 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. Ai sensi dell'art. 6 co. 1°, delibera 179/03/CSP, gli organismi di telecomunicazione forniscono agli abbonati, a richiesta e senza aggravio di spesa, almeno uno strumento o una modalità che consenta di limitare o controllare il livello dei consumi derivanti dall'uso del servizio oggetto del contratto. Al 2°co., è fatta salva la facoltà dell'organismo di telecomunicazioni di prevedere strumenti di autotutela in caso di traffico anomalo, in particolare per i casi di possibile uso fraudolento del servizio, quali l'avviso dell'abbonato o l'invio di fatture anticipate rispetto all'ordinaria cadenza di fatturazione. Tale principio è contenuto anche nelle delibere 418/07/CONS e 381/08/CONS. Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cass. Civ., sez. III, 17 febbraio 2006), inoltre: "*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 vuole evidenziare, rispetto al comportamento tenuto da parte istante, in primis che lo stesso, non si è limitato ad omettere il pagamento delle fatture per la sola parte contestata, e cioè relativa al traffico sotto altri operatori, ma non ha pagato neppure la rimanente parte delle fatture non contestate, che avrebbe dovuto essere comunque saldata entro la scadenza.

In secondo luogo, si rammenta che la contestazione di detto traffico sotto altri operatori, è assai generica e inoltre, non quantificata (lo stesso si è limitato a richiedere lo storno dell'intera posizione debitoria). In terzo luogo, gli importi contenuti nelle fatture emesse l'8 ottobre 2013, contengono costi per rate residue dei terminali.

Dall'altro lato, non è accettabile neanche la sola mera constatazione o il richiamo effettuato dall'operatore nelle proprie memorie, all'art. 2, delle condizioni generali di contratto, punto r, che prevede "*la possibilità per il cliente di fruire di parte dei servizi UMTS anche in aree non coperte dalla rete di "3" in virtù di relativi accordi tra quest'ultima ed altri operatori GSM*", al fine di esimere la sua completa responsabilità per i costi addebitati nel corso del rapporto contrattuale quale traffico sotto altri operatori.

Pertanto, occorre seguire un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto "si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 Cost.), che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare

gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico» (Cass., n. 5240/2004; *ex plurimis*, Cass., n. 14605/2004). Esso opera, quindi, come un criterio di reciprocità che, nel quadro dei valori sanciti dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'art. 2, della Costituzione: la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (sul punto, cfr.: Cass. n. 18947/2005). Per cui, nel caso di specie bisogna tener conto sia del comportamento di parte istante che:

- 1) non ha pagato la somma dovuta per rate residue telefoni e altri terminali;
- 2) ha esercitato un recesso con portabilità verso altro operatore senza pagare la parte non contestata di dette fatture.

Per quanto riguarda il gestore telefonico invece, bisogna considerare:

- 1) le somme fatturate come traffico sotto altri operatori;
- 2) la mancata risposta ai reclami.

Accertata quindi una parziale inadempienza da parte del gestore e da parte del ricorrente, si ritiene di dover accogliere l'istanza di parte limitatamente alla regolarizzazione della posizione amministrativa nella misura del 50% - mediante l'annullamento parziale delle fatture oggetto di contestazione. Quindi, il gestore H3G è tenuto a stornare al signor Femia, la metà dell'attuale insoluto, pari a Euro 161,98 (centosessantuno/98).

L'annullamento parziale della posizione debitoria dell'istante soddisfa le richieste dell'istante e, nel caso di specie, non si rilevano motivi idonei a condannare l'operatore al pagamento di alcun indennizzo.

3. Mancata risposta reclami

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

L'istante con memorie successive all'avvio del procedimento ha allegato, missive dell' 8 agosto 2013 al fine di contestare gli importi addebitati, e richiedendo chiarimenti in merito alla situazione creatosi con la H3G.

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 ha fornito prova dell'invio di un reclamo scritto, mentre non ha allegato le mail con cui ha sostenuto di aver inviato precedentemente per il tramite del portale tre, circostanza tuttavia non contestata da parte del gestore telefonico, per cui la relativa richiesta è accolta.

Ne consegue che H3G, non ha rispettato il termine stabilito in 45 giorni previsto per la risposta ai reclami, con un ritardo di 65 giorni (considerati 45 giorni dalla data di sottoscrizione del contratto 23 aprile, al 12 agosto 2013, data di disattivazione delle sim).

Per tali ragioni si riconosce un indennizzo pari a € 65,00 (sessantacinque/00), al parametro giornaliero di Euro 1,00, conformemente a quanto stabilito dall'art. 11 della delibera 73/11 CONS, allegato A.

4. Con riferimento alle 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".

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 dal signor Femia Xxxxxx, per il che la società H3G Xxx è tenuta a corrispondere a favore dell'istante, mediante assegno o bonifico bancario, la seguente somma:

- 1) Indennizzo pari a Euro 65,00 (sessantacinque/00), per mancata risposta ai reclami;
- Inoltre il gestore H3G è tenuto a stornare al signor Femia, la metà dell'attuale insoluto, pari a Euro 161,98 (centosessantuno/98).
- 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 Xxx 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