

ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA
Comitato Regionale per le Comunicazioni

DELIBERA n.	33/2011
TITOLO	1.10.21/91
LEGISLATURA	IX

Il giorno 8 settembre 2011 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il CORECOM dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIANLUCA GARDINI
ARIANNA ALBERICI

Presidente
Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI.

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX E H3G

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO 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;

VISTA la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 4 febbraio 2010 (titolo n. 1.10.21/91), con la quale il XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata dall'avv. XXX, elettivamente domiciliata presso lo studio di questi, nel comune di YYY, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, la controversia in essere con le società H3G, in persona del legale rappresentante pro tempore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata nel comune di Roma, via Alessandro Severo 246, relativamente all'utenza telefonica n. 000.

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 28304/2010);

UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 27 ottobre 2010, come da verbale (prot. 31534/2010);

VISTE le memorie autorizzate di H3G del 19 ottobre 2010 e dell'istante (prot. 30363/2010), e i relativi documenti allegati;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 28326/2011)

UDITA l'illustrazione del Presidente, prof. avv. Gianluca Gardini, svolta nella seduta dell'8 settembre 2011;

A voti unanimi

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia XXX (di seguito XXX) lamenta: l'illegittima sospensione dell'utenza telefonica n. 000 per sessantotto giorni (a far data dal 20 luglio 2008), avvenuta per eccessivo importo del traffico prodotto nonostante esso fosse in linea con quello delle precedenti fatture; il mancato recepimento della risoluzione contrattuale, comunicata sotto forma di "rescissione" in data 27 novembre 2008; una seconda illegittima sospensione del servizio per ventinove giorni, a far data dal 3 gennaio 2009, senza alcun preavviso; l'illegittima fatturazione da parte di H3G del 9 febbraio 2009, data di conclusione della portabilità dell'utenza verso Telecom Italia ; l'illegittima fatturazione per i periodi di sospensione del servizio; l'illegittima richiesta di euro 204,00, a titolo di "somma dovuta per recesso anticipato"; la mancata risposta a quattro distinti reclami, del 26 settembre 2008 (avente ad oggetto l'indennizzo per la sospensione), del 30 settembre 2008 (avente ad oggetto la contestazione della fattura n. 882188416), del 6 novembre 2008 (avente ad oggetto la contestazione della fattura n. 882447632), del 27 novembre 2008 (quale "liberatoria" per la risoluzione consensuale del contratto). Per tali ragioni l'istante domanda: di dichiarare la risoluzione contrattuale per inadempimento di H3G; di rimborsare quanto pagato a saldo delle fatture n. 882188416 (per euro 76,11) e 882447632 (per euro 60,90), oltre a interessi legali; di condannare dell'operatore al pagamento di: euro 582,00 e 143,44, a titolo di indennizzo rispettivamente per la prima e la seconda sospensione; euro 16.554, a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami; euro 150,00 per spese vive ed euro 150,00 per l'assistenza legale; di annullare: le fatture successive al 9 febbraio 2009; la fattura del gennaio 2009, emessa in pendenza della sospensione del servizio; la fattura nella parte in cui H3G richiede euro 204,00, a titolo di "penale da recesso anticipato".

H3G , respingendo quanto dedotto e richiesto dall'istante, afferma quanto segue: che la sospensione del servizio, solo in uscita, in data 18 luglio 2008 è legittima, radicandosi formalmente negli artt. 13, c. 4 e 18, c. 4, Condizioni generali di contratto e di fatto nel superamento del "Credit Limit", quale soglia di allarme costituita dal traffico medio precedentemente prodotto dall'utenza; che nel caso l'utente ha maturato traffico per euro 533,60 nel periodo compreso tra l'1 e il 18 luglio 2008; di aver contattato l'utente; di aver riattivato l'utenza nonostante l'utente si fosse rifiutato di pagare immediatamente una parte del traffico prodotto; che la seconda sospensione, del 15 gennaio 2009, è legittima perché motivata dal reiterato mancato pagamento di più fatture; di aver informato l'utente, a mezzo del sollecito inviato 12 novembre 2008, della "possibile sospensione delle utenze in caso di mancato pagamento delle fatture insolute" (cfr. verbale di udienza); che la somma richiesta a titolo di "penale" è legittima in quanto l'utente ha effettuato il recesso anticipatamente, rispetto ai ventiquattro mesi di durata del contratto; che l'utente ha trattenuto un telefono cellulare "concesso [...] a titolo di noleggio", procurando un danno all'operatore; che l'utente è debitore di euro 786,47. Ciò premesso H3G, per puro spirito conciliativo, offre, l'annullamento integrale del debito, con ritiro a proprie spese di ogni pratica di recupero del credito, nonché la corresponsione di un indennizzo di euro 700,00.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La controversia in oggetto concerne più doglianze relative all'utenza telefonica n. 000 che possono essere sintetizzate in cinque differenti capi: a) la sospensione del servizio telefonico in data 18 luglio 2008; b) la sospensione del servizio telefonico in data 3 o 15 gennaio 2009; c) il protrarsi del rapporto contrattuale oltre la data di comunicazione della volontà di "rescissione" e quindi oltre il 9 febbraio 2009; d) la mancata risposta ai reclami; e) il rimborso spese forfettario oltre alla liquidazione delle spese di procedura. Nel merito l'istanza è parzialmente fondata, nei limiti che seguono.

Preliminarmente sono da rigettarsi le richieste volte a una pronuncia dichiarativa dell'avvenuta risoluzione del contratto, in quanto estranee alla cognizione del presente procedimento, così come definita dall'art. 19, c. 4, del. AGCOM 173/07/CONS e dalla del. AGCOM 529/09/CONS.

a) La domanda è fondata e deve essere accolta. Preliminarmente, è da considerarsi provata, perché non contestata, la sospensione del servizio telefonico in uscita protrattasi per settanta giorni (a far data dal 18 luglio 2008, come riconosciuto da H3G, e sino al 26 settembre 2008). Il fondamento contrattuale di tale sospensione è rinvenuto

da H3G negli artt. 13, c. 4 e 18, c. 4, Condizioni generali di contratto, clausole che legittimano l'operatore, "qualora siano riscontrati incrementi di volume di traffico che 3 stessa ritenga anomali rispetto al traffico pregresso" (art. 18), a sospendere il servizio. La clausola prosegue poi obbligando H3G a contattare l'utente, a verificare le ragioni dell'anomalia e a riattivare il servizio "successivamente all'intervenuto pagamento da parte del Cliente della fattura che, anche anticipatamente, potrà essere emessa da 3 o all'intervento di rilascio da parte del Cliente delle garanzie eventualmente richieste da 3". Tale clausola si appalesa come vessatoria, ai sensi dell'art. 1341, c. 2, c.c., considerando che essa da un lato consente una sospensione nell'esecuzione del contratto da parte del solo operatore, sulla base di una decisione unilaterale incentrata su una valutazione discrezionale, e dall'altro lato impone una condotta onerosa all'utente, obbligato a pagare in anticipo, rispetto alla cadenza d'uso, la relativa fattura, anche solo parzialmente, o a prestare idonee garanzie. Non avendo H3G dato prova della specifica sottoscrizione della clausola, questa è da ritenersi pertanto nulla o comunque inefficace nel caso in oggetto, risultandone conseguentemente l'illegittimità della sospensione del servizio, non sostenuta da alcun titolo contrattuale. Peraltro, anche ove si volesse prescindere dall'interpretazione appena esposta, si rileva come H3G, a fronte della contestazione dell'istante, non abbia provato la presenza di "riscontrati incrementi di volume di traffico", essendosi limitata a riportare la somma maturata per traffico all'estero, senza raffronti con precedenti fatture (attraverso cui verificare gli "incrementi") e a parlare di un "Credit Limit", quale soglia di allarme, senza averne nemmeno quantificato la consistenza. Premessa l'illegittimità della sospensione, per la condanna al relativo indennizzo deve farsi riferimento alla somma giornaliera in euro 6,00, cifra che rappresenta l'indennizzo *pro die*, previsto per la sospensione del servizio quale fattispecie analoga al ritardo nell'attivazione del servizio (art. 24, Codice di condotta e carta delle garanzie del cliente). L'indennizzo così determinato è pari a euro 420,00 e si ritiene proporzionato rispetto al disagio subito dall'utente, che esercita un'attività commerciale. Sulla quantificazione dell'indennizzo occorre infatti rinviare alla costante prassi di questo Ufficio (cfr. *ex multis* dell. 3/2010 e 12/2010) e della stessa AGCOM, che si intende qui richiamata, in materia di applicazione dei limiti massimi di liquidazione previsti dalle Carte di servizi. Anche indipendentemente dalla vessatorietà di ogni clausola che circoscriva l'indennizzo, l'applicazione di limiti massimi non è infatti possibile laddove la somma così liquidata non sia proporzionale al pregiudizio arrecato (art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP), attesa la necessità che l'indennizzo sia adeguato, ossia corrispondente rispetto al pregiudizio subito.

Da quanto esposto consegue anche l'illegittimità di ogni richiesta di pagamento da parte di H3G relativamente al periodo in cui il servizio è stato sospeso, essendo venuto meno il rapporto sinallagmatico. Nei limiti di quanto richiesto dall'istante, e accertato l'avvenuto pagamento delle relative fatture, in ragione dell'assenza di contestazione da parte di H3G, la fattura n. 882188416, relativa al mese di agosto 2008, deve essere annullata integralmente, per la somma di euro 76,11, mentre la fattura n. 882447632, relativa al mese di settembre 2008, deve essere annullata *pro quota* per i soli canoni proporzionalmente al periodo di sospensione del servizio, per la somma di euro 41,08. Entrambe le somme, di euro 76,11 e 41,08, dovranno pertanto essere ripetute all'istante.

b) La domanda deve essere rigetta. Dall'istruttoria effettuata risulta infatti che l'utente al momento della sospensione non aveva provveduto al pagamento integrale delle fatture n. 882188416 (di euro 76,11, periodo di fatturazione: agosto 2008), n. 882711289 (di euro 229,84, periodo di fatturazione: ottobre 2008), n. 882978075 (di euro 173,33, periodo di fatturazione: novembre 2009). Se il mancato pagamento della prima fattura era parzialmente legittimato dall'assenza del servizio in uscita nel periodo di cui al capo a), il mancato pagamento della seconda e della terza fattura indicata non trova giustificazione, considerando che nel periodo in oggetto H3G ha regolarmente somministrato l'intero servizio all'utente, né l'istante ha provato di aver proceduto a una "compensazione" con le fatture pagate per il periodo di sospensione parziale del servizio di cui al capo a), in ragione della parziale non debenza delle stesse. Occorre poi aggiungere che, con comunicazione scritta del 12 novembre 2008, H3G, intimando il pagamento, ha avvisato l'utente della sospensione del servizio, quale conseguenza prevista dall'art. 18, c. 7, Condizioni generali di contratto e dall'art. 1565 c.c. La mancata somministrazione del servizio nel periodo di sospensione comporta tuttavia che le somme fatturate da H3G e pagate dall'utente non siano dovute, considerando l'assenza della controprestazione da parte dell'operatore, come già rilevato al capo a). Ne consegue l'annullamento della fattura n. 980399960, relativa al mese di gennaio 2009, per il periodo compreso tra il 3 e il 31 gennaio 2009, come dedotto dall'istante: la diversa quantificazione del periodo di sospensione prospettata da H3G (15 – 23 gennaio) non è infatti documentata in alcun modo, eccettuando le fatture prive tuttavia del dettaglio del traffico e contestante dall'istante così da perdere ogni valore probatorio, e pertanto non soddisfa l'onere probatorio che grava sul debitore qualora il creditore censuri la regolare esecuzione del contratto. La suddetta fattura n. 980399960 deve essere pertanto annullata per la somma di euro 56,93, dovuta a titolo di canoni, in proporzione ai giorni

di sospensione del servizio, e tale somma dovrà essere restituita all'istante, atteso il pagamento dedotto da questi e l'assenza di contestazione sul punto da parte di H3G.

c) La domanda deve essere accolta nei limiti che seguono. È anzitutto da premettere che l'istante ha depositato due comunicazioni inviate a H3G, non contestate da quest'ultima, nelle quali si afferma che: "nel rammentarvi che ho chiesto la rescissione del contratto per potermi trasferire ad altro operatore" (comunicazione del 27 novembre 2008) e "vi chiedo senza indugio una liberatoria per trasferirmi ad altro operatore" (comunicazione del 17 dicembre 2008). Entrambe le comunicazioni attestano la volontà dell'utente di sciogliere il contratto con H3G e di effettuare la portabilità ad altro operatore, senza tuttavia individuare il gestore recipient e seguire le modalità regolamentari previste. Peraltro qualora H3G si fosse limitata a sciogliere il contratto, a titolo di recesso o di risoluzione, l'utente sarebbe rimasto senza servizio, circostanza certo non voluta proprio in ragione della espressa volontà di trasferirsi ad altro operatore. Non a caso, giova aggiungere, solo in data 23 gennaio 2009 l'utente ha sottoscritto un contratto con Telecom Italia per la medesima utenza, completando la richiesta di portabilità. Come peraltro indicato dallo stesso istante nella sua memoria, entrambe le comunicazioni debbono essere pertanto interpretate come reclami, da unificarsi attesa l'identità di oggetto, volti a richiedere le modalità per sciogliere il contratto e concludere il contenzioso in essere.

Quanto premesso conduce a valutare come legittima la protrazione della somministrazione del servizio telefonico da parte di H3G sino alla data di avvenuta disattivazione, indicata nel 9 febbraio 2009. È dunque dovuto il pagamento della fattura 980682446, che conteggia canoni e traffico dall'1 al 9 febbraio 2009, ad eccezione della somma di euro 204,00, richiesta "per recesso anticipato". Secondo quanto disposto dall'art. 1, c. 3, d.l. 7/2007, come convertito dalla l. 40/2007, e dell'art. 6, c. 3, Linee guida AGCOM del 28 giugno 2007, l'operatore è legittimato a richiedere solo i costi pertinenti e correlati alla cessazione del servizio, avendo l'onere di provarne ragione ed entità in caso di contestazione della fattura da parte dell'utente. Tale onere non è stato tuttavia assolto dall'operatore che, in modo generico e apodittico, si è limitato da un lato a ribadire la legittimità della richiesta di tale somma, senza nemmeno individuare le singoli voci che la compongono anche in rapporto al valore del telefono cellulare consegnato all'utente, e dall'altro lato a fare riferimento al termine di durata del contratto, pari a ventiquattro mesi, che nel caso risulta peraltro quasi completamente decorso, atteso che la sottoscrizione del contratto data 28 marzo 2007 e lo scioglimento 9 febbraio 2009.

d) La domanda deve essere accolta nei limiti che seguono. L'utente ha inviato più comunicazioni a H3G, precisamente:

- 1) in data 26 settembre 2008 (avente ad oggetto l'indennizzo per la sospensione),
- 2) in data 30 settembre 2008 e 3 ottobre 2010 (aventi ad oggetto la contestazione della fattura n. 882188416),
- 3) in data 6 novembre 2008 (avente ad oggetto la contestazione della fattura n. 882447632),
- 4) in data 27 novembre 2008, 17 dicembre 2008 e 2 gennaio 2009 (quale "liberatoria" per la risoluzione consensuale del contratto),
- 5) in data 17 gennaio 2009 (avente ad oggetto a sospensione del servizio).

Le comunicazioni del 3 ottobre 2008 e del 6 novembre 2008 sono comprovate dall'attestazione di invio a mezzo fax, le altre sono da ritenersi accertate perché non contestate. Nessuna risposta è stata prodotta da H3G che, su questo capo, non ha dedotto alcunché. Acclarata pertanto la mancata risposta dell'operatore, occorre esaminare se e in che misura le singole comunicazioni integrino distinti reclami. Al riguardo, è da escludere dalla cognizione del presente procedimento il reclamo n. 5, in quanto non oggetto di domanda da parte dell'istante. I reclami n. 2 e 3, contestando la legittimità di fatture per il medesimo titolo, debbono essere unificati. Il reclamo n. 4, più volte reiterato, è da considerarsi distinto, per le ragioni esposte al capo b). Analogamente, il reclamo n. 1. Pur attenendo al medesimo rapporto contrattuale, i tre reclami si apprezzano quindi per la diversità della fattispecie sottesa: il reclamo n. 1 attiene alla corresponsione di un indennizzo per sospensione del servizio; i reclami n. 2 e n. 3 attengono unitariamente alla contestazione di fatture; il reclamo n. 4 attiene invece allo scioglimento del rapporto contrattuale a seguito di disservizio. In relazione alla quantificazione dell'indennizzo derivante dalla mancata risposta di H3G pare equo determinarsi la somma di euro 300,00 per ciascun reclamo, atteso che solo in sede di udienza di conciliazione, e dunque in data 27 gennaio 2010, l'operatore ha dato pertinenti informazioni all'utente.

e) In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in € 100,00, anche sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante, assistito, ha partecipato all'udienza di conciliazione e a quella di discussione, e ha preso attivamente parte, in via cartolare, al procedimento di definizione. Non sono invece dovute spese forfettarie ulteriori, in quanto non documentate né quantificate nelle singole voci.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM,

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata da XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata dall'avv. XXX, elettivamente domiciliata presso lo studio di questi, nel comune di YYY, (tit. 1.10.21/91), H3G, in persona del legale rappresentante pro tempore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata nel comune di Roma, via Alessandro Severo 246, è tenuta a corrispondere all'istante le somme così liquidate:

- 1) euro 420,00 (quattrocento/20), a titolo di indennizzo per le motivazioni di cui al capo a);
- 2) euro 117,19 (centodiciassette/19), a titolo di rimborso per le motivazioni di cui al capo a);
- 3) euro 56,93 (cinquantasei/93), a titolo di rimborso per le motivazioni di cui al capo b);
- 4) euro 900,00 (novecento), a titolo di indennizzo per le motivazioni di cui al capo d);
- 5) euro 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

H3G è tenuta altresì ad annullare fatture emesse a carico dell'istante nella misura che segue: integralmente la fattura n. 882188416, relativa al mese di agosto 2008; euro 204,00 (oltre I.V.A. se dovuta) per la fattura n. 980682446, relativa la mese di febbraio 2009; ogni eventuale altra fattura relativa a periodi successivi 9 febbraio 2009 derivante dal contratto in oggetto. Nell'annullare le fatture per le somme predette H3G dovrà tenere indenne l'istante anche dal pagamento di ogni prestazione tributaria o di ogni costo inerente all'eventuale recupero del credito illegittimamente vantato.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'istante.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

H3G è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di giorni sessanta giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi degli art. 21 e 23 bis l. 1034/1971 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua comunicazione.

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini