

DELIBERA DL/078/15/CRL/UD del 6 maggio 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

PLEASURE DAME xxx DI MARCHETTI L. / H3G xxx

(LAZIO/D/624/2013)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 6 maggio 2015;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

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 del Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente Pleasure Dame xxx di Marchetti L. presentata in data 9 ottobre 2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di H3G xxx di seguito “H3G” per brevità – la fatturazione di costi eccessivi e non giustificati, regolarmente contestata al call center e pagata parzialmente per le somme non oggetto di contestazione. Tuttavia il gestore cessava i servizi e risolveva il contratto senza alcun preavviso all’utente o risposta sulla fatturazione in contestazione, provocando la perdita delle numerazioni interessate. In più, addebitava penali per recesso anticipato e tasse di concessione governativa non dovute.

In particolare, negli atti difensivi e nel corso dell’audizione, l’istante ha precisato l’istanza nei seguenti termini:

- a. Di avere sottoscritto in data 4.08.2008 un contratto relativo alla fornitura di servizi di telefonia mobile, profilo affari, provvedendo a pagare regolarmente tutte le bollette relativamente all'anno 2009 dal periodo 1.01.2009 al 30.06.2009, ricevendo una nota di credito per il periodo relativo al mese di luglio 2009 dovuta a contestazioni svolte sul traffico extrasoglia;
- b. In seguito riceveva fattura n.982468211 relativa ad agosto 2009, con importo maggiorato dalla voce di spesa "assistenza tecnica" di €158,94, cui l'istante ha provveduto al pagamento in misura ridotta di €94,20, somma così calcolata in base alle precedenti fatturazioni;
- c. Sostiene l'istante genericamente, che dopo pochi giorni, in assenza di preavviso, la H3G interrompeva arbitrariamente la fornitura senza fornire alcuna spiegazione all'utente e che, successivamente, pervenivano fatture già scadute, cui l'utente ha fatto fronte, bollettini relativi alla tcg e, infine, la fattura n. 1089028999 relativa al periodo 1.05-31.05/2010 addebitante penali per un importo di €1.117,02, pur non avendo l'utente formalizzato alcun recesso;
- d. in data 27.03.2013, a mezzo legale, l'istante presentava reclamo rimasto senza riscontro;
- e. precisava che nessun preavviso di sospensione, né di risoluzione contrattuale era stato recapitato all'utente, per cui era necessario che controparte fornisse prova contraria mediante deposito dei relativi avvisi di ricevimento.
- e. il tentativo obbligatorio di conciliazione, discusso all'udienza del 11.09.2013, si concludeva con esito negativo, rimanendo le parti sulle loro posizioni;
- f. In base a tali premesse, l'utente ha richiesto nei confronti della H3G:
 - i. l'indennizzo per sospensione illegittima e non preavvisata dei servizi sulle due utenze mobili ex art. 4 e 12.2 allegato A alla Del. 73/11/CONS dal 15.01.2010 (data di sospensione evincibile dall'emissione di fatture per la sola tcg) al 30.10.2010 per Euro 41.490,00;
 - ii. l'indennizzo per perdita delle numerazioni ex art. 9 allegato A alla Del. 73/11/CONS per Euro 200,00;
 - iii. l'indennizzo per omesso riscontro al reclamo del 27.3.2013, ex art. 11 allegato A alla Del. 73/11/CONS per Euro 217,00;
 - iv. la restituzione degli importi versati a titolo di tcg per Euro 129,10, non dovuti in assenza di servizio;
 - v. lo storno dell'insoluto.

Nei termini per le repliche eccepiva di non aver ricevuto le memorie del gestore al recapito fax indicato nella lettera di avvio del procedimento, chiedendone lo stralcio per non aver rispettato controparte i modi e i tempi ivi prescritti; precisava, in tale sede, che gli importi fatturati oggetto di contestazione erano quelli relativi alla voce "assistenza tecnica" sulla fattura n.982468211, pagata in riduzione e quelli per penali da recesso anticipato;

2. La posizione dell'operatore H3G xxx

H3G eccepiva in via preliminare l'inapplicabilità della procedura stragiudiziale di risoluzione delle controversie ex delibera n. 173/07/CONS, limitatamente alla richiesta di restituzione degli importi pagati causati dall'inadempimento della H3G (TCG) in quanto, ex art 2, comma 3 dello stesso

Regolamento, domanda attinente a profili tributari o fiscali; contestava altresì l'assoluta genericità ed indeterminatezza delle contestazioni dell'istante, tale da compromettere il proprio diritto di difesa. Non avendo contezza delle contestazioni mosse, si limitava a confermare la regolarità della fatturazione rispetto alle condizioni contrattuali e la legittimità della disattivazione delle utenze dal 28.5.2010 ai sensi dell'art.1456 c.c. e 20.2 delle c.g.c. Proponeva, per mero spirito conciliativo, di rinunciare al proprio credito, stornando l'insoluto.

Conosciute le memorie dell'utente, replicava come di seguito agli addebiti contestati: a) la nota di credito n. 982144839 di Euro -4,33, riguardava il rimborso dei canoni e dell'assistenza tecnica (e non addebiti per traffico extra soglia, come sostenuto) relativi al periodo 21.07.2009-31.07.2009 ed addebitati nella fattura precedente, non dovuti a causa della sospensione delle due utenze dal 21.07.2009 al 11.08.2009; b) la contestata somma di Euro 50,70 per "assistenza tecnica" sulla fattura n. 982468211 di Euro 158,94, pagata parzialmente, era conforme alle condizioni di stipula che prevedevano canone di assistenza tecnica "Kasko Full" pari, per ciascuna utenza, ad Euro 15,00 mensili: gli importi presenti in fattura si riferivano alla mensilità intera di settembre 2009 e a quota parte di agosto per effetto della concomitante sospensione delle utenze; c) analogamente era corretta la successiva fattura n. 982792540 di Euro 94,20; d) l'imprecisata sospensione lamentata dall'utente poteva ricondursi presumibilmente a quella disposta il 30.11.2009, dovuta al ritardato pagamento della fattura n. 982792540 e della fattura n.982468211 pagata parzialmente; la sospensione totale era avvenuta il 9.12.2009 e la disattivazione il 28.5.2009; e) la fattura n. 1089028999 di Euro 1.117,02, conseguente alla risoluzione contrattuale, addebitava i corrispettivi previsti dal contratto in caso di recesso anticipato dalla promozione accettata, pratica consentita nei termini precisati dalle pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema. Reiterava la proposta conciliativa di storno dell'insoluto.

3. Le posizioni delle parti a seguito dell'udienza di discussione.

Nell'udienza di discussione del 3.12.2013 il legale rappresentante dell'istante, reiterava l'eccezione di irrivalenza della notifica delle memorie dell'operatore, atteso che erano state inviate a mezzo email e non a mezzo fax e per questo non ricevute; il legale istruttore, in ossequio al disposto dell'art.16, comma 2 del Regolamento di cui alla delibera 173/07/CONS, disponeva la remissione in termini per repliche alle parti, previa conoscibilità delle memorie H3g da parte dell'utente.

Con le memorie integrative l'istante eccepiva nuovamente la decadenza delle memorie del gestore per non aver rispettato le modalità di trasmissione indicate in avvio di procedimento, nonché la illegittimità della rimessione in termini disposta. Tale eccezione veniva di nuovo riproposta alla successiva udienza del 13.2.2014, conclusa con la rimessione degli atti di controversia al collegio per la decisione

Nel merito, sull'appresa esistenza di comunicazioni che H3G avrebbe inviato all'istante, precisava che inspiegabilmente le stesse risultavano inviate, come parte delle fatture emesse nell'ultimo periodo, presso la sede Via Benedetto Croce n. 5 in Cisterna di Latina e mai ricevute dall'utente; l'operatore aveva dunque modificato di propria iniziativa l'indirizzo di fatturazione e di invio della documentazione, in violazione dell'art. 24 delle disposizioni finali della Proposta di Abbonamento, non inviandole presso l'indirizzo indicato nel contratto che era Via Agata Fiorini 27

sempre in Cisterna di Latina. Pertanto la condotta del gestore aveva reso difficoltosa l'esecuzione del contratto sia in relazione all'esigibilità delle fatture, sia in relazione al buon fine degli avvisi che avrebbero evitato la sospensione e la risoluzione del contratto.

L'operatore confermava a sua volta la regolarità dell'uso dei due indirizzi, entrambi presenti nel contratto e, segnatamente: per le comunicazioni (solleciti di pagamento e formali costituzioni di messa in mora) a norma dell'art. 46 c.c. aveva utilizzato quello della sede legale, evidenziando, al riguardo di aver dato prova di ricezione, tramite i rispettivi avvisi di ricevimento, delle formali comunicazioni di messa in mora e diffida ad adempiere del 23.07.2009 e 10.12.2009; per l'invio delle fatture, aveva sempre utilizzato l'indirizzo prescelto dall'istante per il recapito della fatturazione, presso la sede operativa (esercizio commerciale). Privo di pregio doveva infine ritenersi il disconoscimento delle firme apportate sull'avviso di ricezione.

4. Motivazione della decisione

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

E' inammissibile ai sensi dell'art.2, comma 3 del Regolamento Agcom di cui alla Delibera 173/07/CONS, la domanda di rimborso degli importi versati a titolo di Tassa di Concessione Governativa (ancorchè rigettabile nel merito per le motivazioni di cui *infra*) in quanto attinente esclusivamente a profili tributari e fiscali.

Parimenti non è accoglibile la richiesta di stralcio della memoria di H3g, né condivisibile l'eccezione di irrituale rimessione nei termini, in udienza, delle parti; si richiama in proposito la disposizione di cui al comma 2 dell'art.16 *“Le parti hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, a pena di irricevibilità, entro il termine assegnato ai sensi dell'articolo 15, comma 3, lettera e), (...) Sempre a pena di irricevibilità le parti possono presentare integrazioni e repliche alle produzioni avversarie nel termine, (...) assegnato ai sensi della medesima disposizione. I documenti depositati ai sensi del presente comma devono essere contestualmente inviati alla controparte per via telematica o a mezzo fax.”* (Il testo richiamato dall'utente è, presumibilmente, una versione non più vigente).

Sull'interpretazione autentica del comma richiamato è stato emesso, il 27.6.2011, un parere dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ai sensi dell'art.18, comma 2 del Regolamento e sul punto si è consolidata ampia giurisprudenza: dal tenore letterale della disposizione si evince come la sanzione dell'irricevibilità sia prevista solo per il deposito degli atti al fascicolo del Corecom ed operi esclusivamente in relazione al profilo temporale, nel senso che se l'atto non rispetta la tempistica assegnata in avvio di procedimento, genera un giudizio di non meritevolezza ai fini della ricostruzione cognitiva dei fatti; mentre l'ultimo cpv, che si riferisce al contestuale, mero scambio di atti tra le parti, non richiamando alcuna sanzione, va inteso nel senso che nei casi in cui la memoria, sebbene ricevibile, sia stata resa conoscibile solo all'organo procedente (Corecom) e non anche alla parte istante (nel caso di specie per aver controparte utilizzato un recapito diverso da quello prescelto), a favore della parte che lamenti una conseguente compromissione del proprio diritto di difesa è consentita la rimessione in termini per opportuna replica.

Ricevibile è pertanto la memoria ritualmente depositata dal gestore al Corecom il 31.10.2013 e sanata l'irrituale trasmissione della stessa a parte istante avvenuta via email anziché via fax, per effetto della rimessione in termini per repliche disposta in udienza; si evidenzia peraltro che, considerata la rilevata genericità dell'istanza Gu14, è stato il gestore con le prime memorie ad aver eccepito la lesione del proprio diritto di difesa da parte dell'utente, eccezione condivisa e poi sanata anch'essa, a mezzo delle repliche successive.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte come di seguito precisato.

4.1 Sulla sospensione e cessazione del servizio.

L'utente lamenta l'illegittima, non preavvisata sospensione del servizio, presumibilmente a far data dal gennaio 2010, a fronte di fatture regolarmente pagate -ed una pagata in riduzione per le somme non contestate-; sostiene l'operatore che la sospensione (30.11.2009, schermata in atti) e successiva cessazione (28.5.2010, schermata in atti), disposte in conformità della normativa e delle condizioni contrattuali, furono causate dal ritardato pagamento e parziale pagamento, rispettivamente di due fatture: n. 982792540 di Euro 94,20, che avveniva tardivamente in data 18.12.2009 e dalla n.982468211 di Euro 158,94, pagata parzialmente.

Precisava l'utente, solo con le repliche, che le fatture afferenti all'ultimo periodo di vigenza del contratto non pervenivano in quanto l'operatore aveva inspiegabilmente variato l'indirizzo di recapito delle stesse a favore di quello della sede legale della società, come pure non erano pervenuti solleciti e preavvisi di distacco in quanto indirizzati sempre alla sede legale, contrariamente all'elezione di domicilio effettuata col contratto.

In relazione all'inadempimento lamentato opera, oltre alle clausole contrattuali, l'art.5 del Regolamento 173/07/CONS che espressamente prevede che *"Fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore, salvi i casi di frode, di ripetuti ritardi di pagamento o di ripetuti mancati pagamenti e per quanto tecnicamente fattibile, può disporre la sospensione del servizio solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento. 2. Ai fini del comma precedente: a. non può intendersi come mancato pagamento il pagamento parziale di una o più fatture da parte dell'utente qualora il pagamento omesso riguardi addebiti oggetto di contestazione: (...) b. il ritardato o mancato pagamento non può intendersi come ripetuto se nei sei mesi precedenti la scadenza della fattura in questione i pagamenti sono stati effettuati senza ritardi; c. si può considerare ritardato unicamente il pagamento avvenuto almeno quindici giorni oltre la scadenza e fatti comunque salvi i casi di ritardo nella emissione o consegna della fattura. "*

Alla luce del dettato regolamentare, la legittimità della sospensione deve dunque essere valutata sia avuto riguardo al comportamento dell'utente che a quello del gestore.

Riguardo ai ripetuti omessi/ritardati pagamenti, dalla documentazione in atti emerge che l'esecuzione del contratto, sottoscritto nel 2008, non ha avuto problemi fino a quando dalla domiciliazione bancaria dei pagamenti si è passati, con la fattura n. 980642147 del febbraio 2009, all'emissione del bollettino postale per motivi imprecisati, ma che qui non rilevano. Le fatture del 2009 tuttavia, citate dall'utente stesso con prova dei pagamenti effettuati, risultano

pagate ciascuna con diversi mesi di ritardo rispetto alla scadenza; replicava l'utente che ciò fosse imputabile al cambio di indirizzo operato dal gestore, ma dall'esame delle fatture depositate risulta che tutte recano sia l'indirizzo della sede legale sotto il campo "Intestatario", sia quello dell'esercizio commerciale, apposto in aggiunta e in calce sulla fattura medesima; né dalle prime memorie di parte istante è emersa la circostanza della mancata ricezione delle fatture, riferendo l'utente puntualmente sulle singole fatture pervenute, tra le quali quella ritenuta difforme per costi e quella addebitante le penali, depositate al fascicolo della conciliazione. Sotto il profilo della validità del pagamento effettuato in riduzione sulla fattura n.982468211 di Euro 158,94, non vi è evidenza della formale contestazione, né telefonica né scritta, mossa al gestore circa l'importo ritenuto non dovuto che avrebbe dovuto accompagnare il pagamento della sola somma non contestata, secondo i dettami del citato art.5. L'unico reclamo risultante è infatti quello a mezzo legale del 27.3.2013 a più di tre anni dalla ricezione della fattura contestata e dalla sospensione, che quindi nessun rilievo può assumere ai fini della messa in mora del gestore in costanza di rapporto contrattuale. *Ad abundantiam*, sotto il solo profilo di merito, si rileva che il gestore ha provato la correttezza dell'importo in contestazione ("assistenza tecnica"), sia rispetto alla sua previsione contrattuale, sia rispetto al suo ammontare.

Quanto al comportamento del gestore, la norma fa obbligo di invio all'utente del preavviso di sospensione, che l'utente contesta non aver ricevuto al domicilio eletto nel contratto e il gestore prova, mediante deposito anche delle ricevute di ritorno, essersi regolarmente perfezionato presso la sede legale della società, in aderenza a quanto stabilito dal contratto per le comunicazioni al cliente (art.24 cgc) e del codice civile in tema di notifiche alle persone giuridiche (art.46) Diversamente l'utente sostiene che l'operatore non ha rispettato l'elezione di domicilio contrattuale effettuata dall'utente ai sensi dell'art.47 c.c., domicilio contrattuale richiamato anche dall'art.24 -Comunicazioni delle c.g.c.

Preliminarmente occorre fare chiarezza sul dato documentale, ovvero il contratto, depositato da entrambe le parti (solo una pagina l'utente, integralmente il gestore): alla pag. 5 del contratto risulta chiaramente l'indirizzo di via Benedetto Croce quale "SEDE LEGALE" e quello di via Agata Fiorini quale "INDIRIZZO DI SPEDIZIONE DELLA FATTURA – *da compilare solo se l'indirizzo presso il quale inviare la fattura relativa al traffico è diverso da quello della sede legale sopra indicata*"; orbene, tale specifica non può considerarsi, ai sensi dell'art.47cc invocato dal ricorrente, quale elezione di domicilio speciale per tutti gli atti/affari della società (altrimenti speciale non sarebbe) sostituendo così in toto la funzione più ampia e generale, tipica della sede legale, quale prevista dall'art.46: "*Quando la legge fa dipendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è stabilita la loro sede. Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima*".

La sede legale della persona giuridica dunque, cui si ben attaglia il concetto di domicilio della persona fisica, proprio perchè pubblicata nel registro delle persone giuridiche, ha le caratteristiche di avvenuta pubblicità nei confronti dei terzi che la rendono il domicilio generale dell'ente. La possibilità di notifica presso la sede effettiva, purchè abbia i medesimi requisiti di pubblicità, è norma posta a tutela del terzo *ad adjuvandum*, non ad esclusione della validità del recapito presso la sede legale (tale è ad es. il caso dell'avviso di sospensione del 3.6.2009

inviato da H3G erroneamente all'indirizzo dell'esercizio commerciale, ma valido comunque quale "sede effettiva" del cliente, alla stregua dell'art.46, comma 2)

Tale funzione è assolta invece, ma solo per determinati atti/affari, dall'elezione di domicilio speciale, che, nel caso di specie, è rappresentato dalla scelta di farsi recapitare le fatture -e non indistintamente tutte le comunicazioni- presso la sede operativa/effettiva; né poteva il contraente manifestare una volontà diversa o più ampia rispetto a quella espressa nella suddetta clausola contrattuale, con consentendo il contratto per adesione tali spazi di autonomia negoziale.

Legittimamente dunque, l'operatore ha applicato la clausola contrattuale per il recapito delle fatture, nonché l'art.46 c.c. -in aderenza all'art.24 delle c.g.c.- per le comunicazioni aventi l'effetto di costituzione in mora del cliente; né il termine "domicilio contrattuale" utilizzato all'art.24 citato, può ricondursi, per le considerazioni sistematiche sin qui esposte e per l'interpretazione dottrinaia dell'istituto, a quello di domicilio speciale, come erroneamente dedotto dall'utente.

Quanto all'eccezione dedotta, ovvero che le firme apposte sulla cartolina non siano riconducibili all'utente, la Suprema Corte ha affermato che le disposizioni dell'art. 46 c.c., secondo cui qualora la sede legale della persona giuridica sia diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima, vale anche in tema di notificazione con conseguente applicazione dell'art. 145 c.p.c. (*"La notificazione alle persone giuridiche si esegue nella loro sede, mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa ovvero al portiere dello stabile in cui è la sede."*)

Pertanto ai fini della regolarità della notificazione è sufficiente che il consegnatario sia legato alla persona giuridica stessa da un particolare rapporto che, non dovendo necessariamente essere di prestazione lavorativa, può risultare anche dall'incarico, eventualmente provvisorio o precario, di ricevere la corrispondenza. Sicchè, qualora dalla relazione dell'ufficiale giudiziario o postale, risulti in alcune delle predette sedi la presenza di una persona che si trovava nei locali della sede stessa, è da presumere che tale persona fosse addetta alla ricezione degli atti diretti alla persona giuridica, anche se da questa non dipendente, laddove la società, per vincere la presunzione in parola, ha l'onere di provare che la stessa persona, oltre a non essere suo dipendente, non era addetta neppure alla sede per non averne mai ricevuto incarico alcuno."(Cass. 901/2001 ed in tal senso vedi anche Cass. 3516/2012) . Nulla è stato provato dall'utente per superare tale presunzione .

Pertanto, per le motivazioni di cui in narrativa, le richieste di indennizzo ai sensi degli artt. 4 e 9 Allegato A delibera 73/11/CONS non sono accoglibili

4.2 Sulla fattura n. 1089028999: addebito di corrispettivi per recesso anticipato.

Ferme le considerazioni sulla legittimità della sospensione e della successiva risoluzione contrattuale ex art. 20.2 delle cgc, per fatto imputabile all'utente, risulta legittima la fattura n. 1089028999 del 15.6.2010.

Avuto riguardo infatti alle contestazioni mosse dall'utente, circa l'addebito di penali per recesso anticipato, in violazione della L. n. 40/2007, si premette quanto segue.

La presente controversia non riguarda i costi di recesso tout court così come sopra descritti, ma la diversa fattispecie del recesso da offerte promozionali. Tale tematica è stata affrontata dal T.A.R. del Lazio che, pronunciandosi sull'impugnativa del provvedimento prot. n. 80542/Agcom del 30.12.2008, con sentenza Tar Lazio n. 5361/2009, confermata poi dal Consiglio di Stato (sentenza n. 1442/2010), ha operato una distinzione tra la pratica – ritenuta illegittima – di addebitare all'utente, al momento del recesso anticipato, anche le spese sostenute al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale, e quella di chiedere il rimborso degli sconti già praticati al cliente in ragione di un vincolo di durata contrattuale non rispettato. Nel primo caso infatti *“elemento qualificante la fattispecie è la presenza di un soggetto debole (l'utente) perché obbligato, ove interessato ad acquisire un determinato servizio, ad accettare le condizioni unilateralmente fissate dal soggetto forte (l'operatore), con la conseguenza che l'unica alternativa che gli si offre è la rinuncia all'acquisto del prodotto”* (cfr. sent. n. 5361/09 Tar Lazio). Da questa disparità tra i due soggetti, il decreto Bersani, così come interpretato dall'Autorità e dai Giudici amministrativi, ha fatto derivare il divieto per gli operatori di addebitare costi diversi da quelli effettivamente originati dal recesso anticipato, e segnatamente impedendo l'addebito dei costi sostenuti per l'attivazione iniziale. Nel secondo caso (corrispondente a quello qui in esame) invece *“l'operatore mette a disposizione dell'utente due diverse offerte, fra le quali egli è libero di scegliere, una a prezzo pieno, dalla quale può in ogni momento recedere salvo preavviso, ma senza essere sottoposto a rimborsi per spese diverse da quelle sostenute dall'operatore per la disattivazione dell'impianto [...], e un'altra promozionale a prezzo ridotto, per la quale l'operatore ha invece prefissato una durata che non preclude all'utente il recesso anticipato, ma che consente al primo (che ha fatto affidamento su un arco temporale di vigenza del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della controprestazione offerta) di recuperare, al momento del recesso anticipato, quanto il ripensamento (legittimo) dell'utente non gli ha consentito di ottenere”* (cfr. sentenza Tar Lazio citata, confermata, anche dal Consiglio di Stato).

Sulla base di queste premesse, i Giudici amministrativi hanno quindi ritenuto pienamente legittima la richiesta dell'operatore di restituzione degli sconti di cui l'utente ha beneficiato durante la vigenza del rapporto contrattuale, riconducendo tale fattispecie al recesso anticipato da offerte promozionali e differenziandola quindi dalla diversa situazione del recesso anticipato dal contratto a prezzo pieno, tutelata dall'art.1 del decreto Bersani. Tale interpretazione è stata ripresa anche dal Giudice ordinario, in particolare nella sentenza resa dal Tribunale di Milano, sez. XI, n. 5554 del 15 maggio 2012.

In base alla documentazione contrattuale prodotta da H3G, non contestati dall'utente, il caso di specie può essere ricondotto proprio alla fattispecie del recesso anticipato da offerte promozionali, e la fattura n. 1089028999 del 15.6.2010 contestata dall'utente deve quindi essere considerata legittimamente emessa in applicazione del principio sopra affermato dai Giudici amministrativi.

H3G ha infatti depositato copia del contratto sottoscritto dall'utente per l'offerta in promo “Bmail 900”, relativa al “Piano tariffario voce con terminali in comodato INUSE.24/SIMPLY BUSINESS” che prevedeva l'applicazione di sconti a fronte del vincolo di durata contrattuale di 24 mesi dalla sottoscrizione. Tutte le clausole del predetto contratto, ivi comprese quelle relative ai costi di cui l'operatore avrebbe potuto chiedere il rimborso nel caso di risoluzione anticipata, sono state

sottoscritte dall'utente che, anche ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., ha sottoscritto le clausole che richiamavano l'applicabilità delle C.G.C. Persone giuridiche e del Regolamento di 3 Business Inuse 2008 e Simply Business che, all'art 7.2 prevede che "*(omissis) Qualora il cliente receda dal contratto nel periodo compreso tra il tredicesimo ed il ventiquattresimo mese di durata dello stesso dovrà corrispondere a "3", quale corrispettivo per recesso anticipato la somma determinata in base alle Tabelle 1, 2 e 3 in relazione rispettivamente al Servizio, al Listino Terminale scelto ed alla promozione sottoscritta*"

Gli importi, addebitati da H3G nella fattura in parola sono pertanto conformi alla previsione contrattuale e la domanda di storno avanzata non può essere accolta.

4.3 Sul reclamo

Quanto alla richiesta di indennizzo per la mancata risposta ai reclami dell'utente, rileva il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche dell'art. 4.16 della Carta Servizi), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

La domanda non può essere accolta.

Una richiesta che abbia le caratteristiche ed assolva alla funzione sopra richiamata non può essere considerata quella depositata agli atti (né, come già visto, altre se ne richiamano, nemmeno orali), ovvero la nota inoltrata a mezzo legale del 27.3.2013, a circa tre anni di distanza dall'evento cui si riferisce e soprattutto dalla risoluzione contrattuale preavvisata da ultimo in data 10.12.2009.

In nessun modo poteva l'operatore ritenersi obbligato alla risposta, obbligo contrattuale nascente da un rapporto risolto anni prima.

5. Sulle spese di procedura

Per quanto concerne le spese di procedura, atteso il rigetto integrale dell'istanza di definizione, appare equo disporre la integrale compensazione.

*** **

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza presentata dalla Soc. Pleasure Dame xxx di Marchetti L. nei confronti della società H3G xxx.
2. Compensa integralmente tra le parti le spese di procedura.
3. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
4. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
5. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, il 6 maggio 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto