

Area Definizione delle controversie

DELIBERA N.	93/2015
TITOLO	2015.1.10.4.1
	2013.1.10.21.1687
LEGISLATURA	X

Il giorno 18 dicembre 2015 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il Corecom dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIOVANNA COSENZA	Presidente
MARINA CAPORALE	Vicepresidente
MAURO RAPARELLI	Componente

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

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA X E H3G X

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

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*", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

Visto il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

Vista la legge 2 aprile 2007, n. 40;

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)*", in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti e successive modifiche ed integrazioni*", di seguito "Regolamento";

Vista la delibera Agcom n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante "*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*", di seguito "Regolamento indennizzi";

Visti il provvedimento prot. n. 80542/Agcom del 30.12.2008, la sentenza Tar Lazio, sez. terza ter, n. 5361/2009, e la sentenza Consiglio di Stato, sez. sesta, n. 1442/2010, la delibera Corecom Emilia-Romagna n. 51/14;

Visto lo "*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);

Visti gli atti del procedimento;

Vista la relazione e la proposta di decisione della Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini (NP.2015.2396);

Udita l'illustrazione svolta nella seduta del 18/12/2015;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell'istante

L'istante sig.ra X ha lamentato nei confronti della società H3G X (di seguito, H3G) la difformità tra le condizioni pattuite e quelle applicate. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- L'istante ha sottoscritto con H3G un contratto denominato Top 400 che prevedeva il comodato d'uso di un apparecchio Galaxy al costo di 30,00 euro al mese per 30 mesi, e quindi avrebbe dovuto ricevere fatture bimestrali di euro 60,00.
- Tuttavia, gli importi fatturati erano notevolmente superiori: l'istante ha ricevuto e pagato sei bollette per un importo complessivo pari ad euro 543,22, invece della somma pattuita di 360,00 (6 fatture bimestrali per euro 60,00), con un incasso indebito da parte di H3G di euro 183,22. Inoltre, in base agli accordi presi, la tassa di concessione governativa avrebbe dovuto essere applicata solamente per due mensilità, mentre invece risulta presente in tutte le fatture, che contemplano anche costi per connessioni al portale H3G, mai effettuate dall'utente. A tal proposito l'utente dichiara anche di aver inutilmente chiesto a H3G i tabulati delle suddette connessioni.
- L'utente, dopo aver tentato inutilmente di risolvere il problema tramite un negozio H3G, decide quindi di inviare una comunicazione di recesso in data 22.01.2013, poi invia reclamo tramite Federconsumatori nell'aprile 2013.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- 1) il riconoscimento dell'inadempienza contrattuale di H3G per l'applicazione di condizioni difformi da quelle pattuite, e per aver fatturato importi a titolo di connessioni al portale Tre disconosciuti dall'utente;
- 2) lo storno della posizione contabile amministrativa;
- 3) indennizzo per la mancata risposta al reclamo, per la perdita di tempo e per quant'altro previsto dalle normative a tutela dei consumatori;

- 4) rimborso delle spese sostenute per l'istruzione della pratica.

2. La posizione dell'operatore

La società H3G si è costituita depositando una corposa memoria difensiva in cui ha dichiarato quanto segue.

In via preliminare l'operatore ha eccepito l'improcedibilità parziale dell'istanza, sia in relazione alla richiesta di indennizzo "per la perdita di tempo", sia, soprattutto, in base all'art. 2 del regolamento di procedura, in riferimento alla domanda di indennizzo per mancata risposta al reclamo. Asserisce infatti l'operatore di aver già provveduto a ristorare l'utente con un indennizzo di euro 30,00, calcolato dal 8.06.2013 (data del reclamo 24.04.2013 + 45 giorni per la risposta) al 8.07.2013 (data dell'udienza di conciliazione).

Nel merito, con riferimento alla domanda dell'utente di storno delle somme dovute dall'utente a H3G, ha affermato quanto segue.

L'utente ha attivato in data 26.11.2011 sull'utenza n. X un abbonamento con piano tariffario voce "Top 400", a cui era associato un terminale modello Samsung galaxy S2, acquistato con la formula "vendita rate abb. 30", che prevedeva un vincolo contrattuale di 30 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto.

L'utenza veniva disattivata in data 29.03.2013 a seguito del perfezionamento della procedura di portabilità verso altro operatore, e vedeva un insoluto pari ad euro 474,43, così come di seguito determinato: Fattura n. 1331602935 di euro 62,53; Fattura n. 1333713994 di euro 51,28; Fattura n. 1349047472 di euro 182,53 a titolo di recesso anticipato; Fattura n. 1348029331 di euro 189,23 per le rate residue del terminale; Nota di credito n. 1335929672 di euro -11,34.

L'operatore ha poi motivato nel dettaglio la correttezza del proprio operato giustificando come segue gli importi fatturati (si riporta qui di seguito per completezza, anche istruttoria, quanto dichiarato nella memoria difensiva dell'operatore).

<<1. Sulla contestazione della fatturazione

Il Gestore precisa di aver tariffato tutto il traffico generato dall'utenza X secondo quanto pattuito contrattualmente, nel pieno rispetto dei costi previsti dal profilo tariffario abbinato alla numerazione sopra menzionata.

Come noto all'istante già in fase di sottoscrizione del contratto, il profilo tariffario "Top 400" è un piano a soglie che prevede, a fronte del versamento di un canone mensile n. 100 minuti di

chiamate ogni settimana, da fruire per chiamate nazionali verso tutti, n. 25 SMS nazionali alla settimana, incluse le eventuali ricevute di ritorno, oltre a 2 GB al mese per navigare sotto rete 3 dal telefono 3 o da PC utilizzando il telefono come modem.

L'istante ha sottoscritto la dichiarazione secondo cui si dichiarava a conoscenza e accettava le Condizioni Generali di Contratto, il Regolamento di Servizio ed il Piano Tariffario prescelto.

2. Il traffico in extrasoglia: i servizi contestati

Il Gestore specifica che quanto fatturato all'istante risulta essere generato dall'utenza X. In particolare, la cliente ha ricevuto i seguenti addebiti per traffico tariffato in extrasoglia:

- Fattura Numero 1240741842 del 08/01/12 (periodo 26/11/11 - 31/12/11); Pagine Portale 3 € 0,75 + iva;

- Fattura Numero 1242189820 del 08/03/12 (periodo 01/01/12 - 29/02/12); Pagine Portale 3 € 0,07 + iva;

- Fattura Numero 1243715467 del 08/05/12 (periodo 01/03/12 - 30/04/12); Contenuti Portale 3 € 15,02 + iva e Pagine Portale 3 € 3,35 + iva;

- Fattura Numero 1245313072 del 08/07/12 (periodo 01/05/12 - 30/06/12), Contenuti Portale 3 € 35,31 + iva;

- Fattura Numero 1251641319 del 08/09/12 (periodo 01/07/12 - 31/08/12); Contenuti Portale 3 € 39,67 + iva;

- Fattura Numero 1253434394 del 08/11/12 (periodo 01/09/12 - 31/10/12); Contenuti Portale 3 € 31,40 + iva;

- Fattura Numero 1331602935 del 08/01/13 (periodo 01/11/12 - 31/12/12); Contenuti Portale 3 € 8,56 + iva e Pagine Portale 3 € 0,22 + iva;

- Fattura Numero 1333713994 del 08/03/13 (periodo 01/01/13 - 28/02/13); Pagine Portale 3 € 0,07 + iva.

Il totale degli importi contestati è pari ad €. 162,65 iva inclusa di cui €. 146,89 effettivamente corrisposti dall'istante.

In ognuna delle fatture emesse è riportata, nel Glossario di pagina 2, la definizione delle voci di addebiti contenute nella sezione denominata "Traffico a consumo ed extrasoglia".

Più in particolare, il traffico a consumo ed in extrasoglia è distinto in *“Traffico Italia”*, in *“Traffico UE”* ed, infine, il *“Traffico extra UE”*. Ancora, le *“Pagine Portale 3”* sono *“(…) quelle navigabili a pagamento dal Portale 3: la tariffazione è ad unità in base al numero delle pagine visitate”*. Gli *“SMS a sovrapprezzo”* sono i messaggi *“per servizi a valore aggiunto: televoto, abbonamento a servizi, concorsi a premio, contenuti on demand”*.

I *“Contenuti Portale 3”*, invece, sono *“quelli scaricati o fruiti dal Portale 3: “la tariffazione è ad unità in base al numero e alla tipologia di contenuti scaricati”*.

Il Portale 3 è un sito di accesso a numerosi servizi, tra cui contenuti editoriali, applicazioni, loghi, suonerie e altro ancora, offerti da società diverse da H3G X (che rimane pertanto estranea ad eventuali rapporti contrattuali tra tali società e utenti), fruibile da terminale.

Infatti, tali servizi sono attivabili da chi ha in uso l'apparato telefonico, attraverso l'accesso volontario a tale piattaforma commerciale.

Nello specifico sull'utenza della signora X risulta essere stato attivato il servizio Wallstar, fornito dalla società NeoMobile, il quale è stato attivato sulla numerazione de qua il 10.04.2012 e disattivato su richiesta dell'istante in data 14.11.2012.

Il Gestore non può in alcun modo inibire l'accesso e la fruizione di tali servizi che resta dipendente da chi ha in uso il terminale, anche quando concesso a terzi dal proprietario dello stesso o, ancora, anche nei casi di utilizzo non autorizzato.

L'istante è tenuto agli obblighi di utilizzo, meglio descritti negli artt. 6.5, punto b) Condizioni generali di contratto che impone al Cliente di conservare la Usim o la Usim Tv assegnata, con la massima diligenza e riservatezza e, limitatamente alla Usim o alla Usim Tv per i servizi UMTS e Servizi Televisivi postpagata, a non consentirne l'utilizzo, neanche temporaneamente, da parte di terzi, e 17.1 delle Condizioni Generali di contratto, secondo cui l'istante *“si assume ogni eventuale onere o responsabilità derivante, dipendente, connessa o consequenziale all'utilizzo dei Servizi UMTS e/o dei Servizi Televisivi da parte del Cliente o di terzi autorizzati o no dal Cliente stesso ed a quest'ultimo imputabile in virtù dei Codici PIN, PUK, delle eventuali Password e degli archivi elettronici di cui al precedente art. 11 (…)”*.

Gli eventi di traffico contestati non risultano quindi essere imputabili al Gestore, ma direttamente riconducibili al traffico generato dall'utenza *de qua*.

3. Sulla Fattura n. 1349047172 a titolo di recesso anticipato

L'istante richiedeva la portabilità dell'utenza X in data 29/03/2013, in violazione del vincolo contrattuale di 30 mesi.

Tale richiesta di trasferimento della numerazione anticipava la conclusione naturale del contratto, fissato in trenta mesi dalla sottoscrizione, determinando l'emissione della Fattura sopra indicata.

Il contratto, a suo tempo stipulato tra le parti, prevedeva condizioni di favore per il cliente, quale, ad esempio, (i) l'applicazione di tariffe convenienti rispetto alle tariffe standard offerte al cliente comune per i medesimi servizi, (ii) la possibilità di acquistare, mediante rateizzazione del prezzo e senza interessi, apparati telefonici, tecnologicamente avanzati e di medio / alto valore commerciale e (iii) l'applicazione su ciascuna fattura di uno sconto pari all'importo della rata addebitata per l'acquisto del telefono.

La signora X, pertanto, ha beneficiato per più di un anno della rateizzazione del costo dell'apparato e in più dello sconto degli importi corrisposti alla società finanziaria applicato sul canone dovuto ad H3G. Evidentemente l'istante per ben 16 mesi non ha sostenuto il costo della rata mensile di euro 14,33, la quale gli veniva restituita tramite il citato sconto in fattura, giungendo così ad un risparmio di circa euro 230,00.

Il tutto era controbilanciato solo dal fatto di consentire alla H3G il tempo necessario ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto.

L'interruzione prematura del rapporto ha creato uno squilibrio contrattuale, sfociato nella richiesta dei suddetti costi di risoluzione che non rappresentano altro che un mero riallineamento delle migliori condizioni tariffarie fruite dalla società istante rispetto a quelle generalmente praticate alla propria Clientela.

Il Cliente era non solo informato di ciò, ma ha espressamente accettato la sussistenza del vincolo, in ragione della convenienza ravvisata.

4. La Fattura n. 1348029331 per le rate residue del terminale

L'istante contesta altresì gli addebiti contenuti nella Fattura n. 1348029331, anche in questo caso riconducibili all'utenza sopra richiamata, disattivata prima del vincolo minimo contrattuale.

Come già specificato, l'utenza in questione era abbinata, sin dalla data di attivazione, a 1 terminale modello "Samsung Galaxy S2", acquistato mediante rateizzazione del prezzo, secondo la formula della Vendita a Rate.

Secondo tale formula, il Cliente si impegna nei confronti di H3G X *“al pagamento delle rate mensili per l’acquisto del Terminale e per la fruizione dei Servizi in abbonamento (...), unitamente agli importi derivanti dall’applicazione delle condizioni di offerta del Piano Tariffario prescelto (...) mediante addebito su conto corrente o carta di credito”*.

Di contro, ai sensi dell’art. 4.1. Regolamento di Servizio il Gestore si impegna ad erogare, nei confronti dell’utente in regola con i pagamenti, uno sconto in fattura di importo pari alla rata mensile versata per l’acquisto del Terminale.

L’emissione della Fattura in questione scaturisce dalla richiesta avversaria di risoluzione anticipata del contratto e trova giustificazione e fondamento nell’art. 11.2 Regolamento di Servizio Vendita a Rate secondo cui *“In caso di recesso richiesto ai sensi dell’art. 11.1 (...) il Cliente sarà soggetto al versamento in un’unica soluzione delle rate residue, e non ancora corrisposte, relative all’acquisto del Terminale”>>*.

Pertanto, ogni contestazione inerente a tale fattura non potrà assumere alcun rilievo.”

Per spirito conciliativo, il Gestore ha tentato un componimento bonario della presente vertenza offrendo a controparte in data 04.07.2013 lo storno integrale dell’insoluto pari ad € 474,43, offerta rifiutata però dall’istante.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dalla parte devono essere integralmente respinte come di seguito precisato.

Preliminarmente, occorre chiarire che la richiesta sub c) *“indennizzo per la mancata risposta al reclamo, per la perdita di tempo e per quant’altro previsto dalle normative a tutela dei consumatori”* non sarà oggetto di trattazione per i seguenti motivi.

In primo luogo non risulta riconoscibile alcun indennizzo *“per la perdita di tempo”*, in quanto l’ambito di competenza di codesto Comitato risulta limitato a quanto previsto dall’art. 19, comma 4, del regolamento di procedura, nonché per il fatto che le norme applicabili al presente procedimento hanno tipizzato alcuni casi ben determinati di indennizzo, suscettibili sì di eventuale estensione o applicazione analogica, ma certamente non riconducibili a mere situazioni di *“disagio”* o *“perdita di tempo”*.

In secondo luogo, quanto alla richiesta di indennizzo *“per mancata risposta al reclamo”*, deve essere accolta l’eccezione sollevata dall’operatore.

Infatti, l'art. 2, comma 1, del regolamento indennizzi di cui alla delibera Agcom n. 73/11/CONS, dispone che "le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi".

Nel caso di specie, in sede di udienza di conciliazione l'operatore si è impegnato a riconoscere all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 24.04.2013, e ha prodotto agli atti del presente procedimento documentazione attestante l'avvenuto riconoscimento del suddetto indennizzo. Non può viceversa tenersi conto del reclamo del 22.01.2013 in quanto privo dell'attestazione di ricevimento da parte dell'operatore.

Pertanto, in applicazione della norma sopra citata, anche la suddetta richiesta non può formare oggetto di trattazione nell'ambito del presente procedimento.

Quanto al merito della controversia, deve invece osservarsi quanto segue.

La sig.ra X lamenta la difformità tra le condizioni concordate e quelle applicate - e a tal fine afferma di aver corrisposto a Vodafone somme indebite per un importo di circa 180,00 euro nell'ambito di un'annualità - e chiede il riconoscimento dell'inadempienza contrattuale di Vodafone e lo storno della propria posizione contabile amministrativa.

Contesta inoltre la fatturazione di importi per connessione al Portale 3, che disconosce e afferma di non aver mai effettuato.

Vodafone afferma invece la correttezza degli importi fatturati, sia con riferimento a quanto contrattualmente pattuito, che con riferimento alle somme relative alle connessioni internet, e asserisce che l'istante al momento della cessazione del contratto presentava un insoluto di euro 474,43.

Con riferimento alla domanda di storno della posizione contabile, l'operatore afferma di aver legittimamente fatturato somme al momento della chiusura anticipata del contratto, sia in relazione al recesso anticipato da offerta promozionale, sia in relazione ai costi residui delle rate del terminale.

Al fine di dirimere la controversia, punto nodale è la verifica della correttezza o meno da parte dell'operatore nell'applicazione delle condizioni contrattuali pattuite e nella fatturazione dei costi per il traffico dati, contestati dall'utente.

Infatti, qualora gli importi fatturati risultino illegittimi, questo significherebbe che il recesso esercitato dall'utente dovrà essere considerato come recesso dovuto all'inadempienza dell'operatore; qualora, invece, l'operato del gestore risulti corretto, questo imporrà di considerare il recesso esercitato dall'utente come semplice "recesso anticipato" motivato da ragioni personali: la differenza tra le due fattispecie determina importanti conseguenze in termini di addebitabilità o meno da parte dell'operatore dei costi per "recesso anticipato da offerte promozionali" e dei costi delle rate residue del terminale.

Procediamo quindi con ordine, esaminando dapprima le due contestazioni dell'utente.

a) "Circa la difformità tra le condizioni concordate e quelle applicate".

L'operatore ha fornito copiosa documentazione, tra cui anche il contratto debitamente sottoscritto dall'utente, che riporta sia il nome del piano tariffario prescelto, sia il nome del piano per il pagamento rateale del terminale.

Sottoscrivendo il contratto, l'utente ha dichiarato altresì (cfr. pag. 2 del contratto) di conoscere le condizioni generali di contratto a lui applicabili, nonché il Regolamento di servizio e il piano tariffario prescelto (del pari prodotte in atti). Pertanto non può trovare accoglimento alcuna doglianza dell'utente in merito alla scarsa trasparenza contrattuale dell'operatore.

Nel caso di specie, il piano tariffario scelto dall'utente era un piano tariffario "a soglie": prevedeva cioè, a fronte del costo fisso dell'offerta, un determinato plafond di minuti ed sms, esaurito il quale il traffico telefonico sarebbe stato conteggiato (e quindi fatturato) extrasoglia, ovvero in aggiunta al costo fisso dell'offerta.

Dall'esame delle fatture prodotte in atti dall'operatore non sembrano emergere irregolarità rispetto a quanto contrattualmente previsto.

Peraltro, l'utente stessa, pur avendo sottoscritto il contratto nel mese di novembre 2011, sporge il primo reclamo circa gli importi fatturati solo nel 2013, dopo oltre un anno di fatture asseritamente errate.

Da tutto quanto sopra, emerge la correttezza degli importi fatturati dall'operatore, con conseguente rigetto della domanda di rimborso/storno formulata dall'utente per gli importi che asseriva essergli stati fatturati in eccesso rispetto a quanto previsto dal proprio piano tariffario.

Del resto, si è già espressa in questo senso anche Agcom, con delibera n. 583/13/CONS, nella quale ha affermato che "Non può trovare accoglimento la richiesta di rimborso formulata

dall'istante qualora l'operatore dia prova della correttezza degli importi fatturati, dimostrando l'assenza di qualsivoglia difformità tra le condizioni economiche convenute contrattualmente e quelle effettivamente applicate”.

b) “Circa l'addebito dei costi per connessione internet (traffico dati)”.

L'utente contesta gli addebiti fatturati in relazioni a connessioni al portale H3G.

L'operatore nella propria memoria difensiva ha specificato che il suddetto portale è un sito di accesso a numerosi servizi, tra cui contenuti editoriali, applicazioni, loghi, suonerie ed altro, servizi offerti da società diverse da H3G (che rimane quindi estranea ad eventuali rapporti contrattuali tra tali società e gli utenti). Tali servizi sono attivabili da chi ha in uso l'apparato telefonico, attraverso l'accesso volontario a tale piattaforma commerciale.

Ha inoltre precisato l'operatore che sull'utenza della sig.ra X risulta essere stato attivato in data 10.04.2012 il servizio Wallstar, fornito dalla società NeoMobile, disattivato su richiesta dell'utente in data 14.11.2012: di ciò l'operatore ha altresì fornito prova documentale, producendo una dichiarazione proveniente dalla società NeoMobile.

Inoltre, dall'esame delle fatture, risulta che la cifra complessiva addebitata all'utente a titolo di traffico dati nel periodo da novembre 2011 (data dell'attivazione del contratto con H3G) fino al febbraio 2013 (per un totale quindi di circa 16 mesi) era complessivamente di euro 162,05, pertanto una cifra non tale da attivare le tutele previste in caso di traffico anomalo.

Ancora, al di fuori del periodo di attivazione del servizio della società NeoMobile di cui sopra, gli addebiti presenti in fattura risultano di pochissimi centesimi (rispettivamente 0,75 euro, 0,07 euro e ancora 0,07 euro): il che lascia ipotizzare connessioni fortuite effettuate per errore dall'utente che si è immediatamente disconnesso accortosi dell'errore.

Alla luce di tutto quanto sopra, anche in relazione a tale contestazione, le doglianze dell'utente non possono trovare accoglimento, risultando corretto l'operato del gestore.

Chiarito tutto quanto sopra, devono ora trarsi le dovute conseguenze in materia di legittimità o meno degli importi fatturati dall'operatore al momento del recesso da parte dell'utente, al fine di decidere circa la domanda di storno della propria posizione contabile effettuata dall'utente.

Come sopra accennato, attesa la legittimità del comportamento dell'operatore e l'effettiva debenza degli importi fatturati in base al contratto e al traffico dati effettuato, ne discende che il recesso esercitato dall'utente, pur se assolutamente legittimo e liberamente esercitabile in

qualsiasi momento contrattuale, non può configurarsi come recesso conseguente all'inadempienza contrattuale dell'operatore.

Quindi, l'utente deve sopportare le conseguenze derivanti dalla scelta di esercitare il diritto di recesso: in particolar modo, alla luce delle condizioni di particolare favore dallo stesso sottoscritte sia con riferimento ai costi di abbonamento che con riferimento all'acquisto a rate del terminale, il recesso, esercitato anzi tempo rispetto al vincolo contrattuale di 30 mesi, non può che configurarsi come "recesso da offerte promozionali".

A questo proposito merita di essere richiamato un precedente recente di codesto Comitato (delibera Corecom Emilia-Romagna n. 51/14), con cui, facendo applicazione anche della giurisprudenza di Tar e Consiglio di Stato in materia, è stata decisa una controversia analoga alla presente. In tale delibera si è affermato quanto segue.

<<Il tema della legittimità o meno dei costi applicati dall'operatore a titolo di recesso anticipato è stato disciplinato dalla legge n. 40 del 2007 (di conversione del d.l. n. 7/2007, cd. decreto Bersani); l'Autorità ha sempre fornito un'interpretazione univoca e costante della suddetta normativa, interpretazione che è stata avallata anche dai Giudici amministrativi.

In particolare, è stato affermato che "le spese/i costi" recuperabili dall'operatore in caso di recesso esercitato dall'utente sono solo quelli sostenuti per la disattivazione dell'impianto, e non anche quelli sostenuti in occasione della sua installazione. Questo perché il decreto Bersani ha voluto offrire all'utente la possibilità di recedere liberamente e in ogni momento dal contratto sottoscritto con l'operatore, e per fare ciò si è ritenuto necessario neutralizzare l'effetto di "retention" del cliente, che si realizzerebbe in via di fatto qualora l'operatore fosse libero di addebitare anche somme non inerenti i veri costi di recesso.

Ciò chiarito, occorre però dare atto che la presente controversia non riguarda i costi di recesso così come sopra descritti, ma la diversa fattispecie del recesso da offerte promozionali.

Anche tale tematica è stata affrontata dall'Autorità con il provvedimento prot. n. 80542/Agcom del 30.12.2008, con il quale la Direzione Tutela dei consumatori dell'Agcom ha ritenuto inammissibile la pratica operata proprio dall'operatore qui convenuto, relativamente al recupero, in caso di recesso anticipato dal contratto, degli sconti applicati nelle offerte promozionali e già fruiti dagli utenti. Secondo l'Autorità infatti gli sconti praticati nelle promozioni costituirebbero "mancati ricavi" dovuti al recesso anticipato dell'utente, e in quanto tali non potrebbero essere annoverati tra i "costi per recesso anticipato" (così come sopra

descritti) previsti dall'art.1, comma 3, della legge 40/2007 di cui l'operatore può legittimamente chiedere il rimborso.

Tale interpretazione fornita dall'Autorità è stata però smentita dai Giudici amministrativi avanti ai quali il citato provvedimento è stato impugnato: la sentenza Tar Lazio, sez. terza ter, n. 5361/2009, confermata poi dal Consiglio di Stato, sez. sesta, con la sentenza n. 1442/2010, ha infatti affermato un diverso principio.

Secondo i Giudici amministrativi infatti occorre fare 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” [in questo senso la sentenza n. 5361/09 del 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” [in questo senso si esprime sempre il Tar Lazio, nella sentenza citata, confermata, come detto 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 ai documenti prodotti dall'operatore, il caso di specie può essere ricondotto proprio alla fattispecie del recesso anticipato da offerte promozionali, e i costi (Euro 243,03) addebitati nella fattura n. 1249056727 contestata dall'utente devono quindi essere considerati legittimi in applicazione del principio sopra affermato dai Giudici amministrativi.

Infatti l'utente ha sottoscritto un contratto, accessorio a quello principale, in cui dichiarava di voler profittare di determinati sconti offerti dall'operatore; a tali sconti veniva associata, come contropartita, una determinata durata del rapporto contrattuale. Il suddetto contratto illustrava anche, tramite una tabella, le cifre di cui l'operatore avrebbe chiesto il rimborso in caso il rapporto contrattuale avesse avuto una durata minore di quella pattuita.>>

Nel caso oggi oggetto di trattazione la situazione è la medesima di quella sopra già decisa con delibera Corecom Emilia-Romagna n. 51/14.

Infatti, la sig.ra X ha sottoscritto un contratto che, a fronte di un vincolo di durata di 30 mesi, prevedeva condizioni di particolare favore sia con riferimento al costo dell'abbonamento che con riferimento al costo dell'acquisto a rate del terminale. Il contratto peraltro, prevedeva chiaramente quali sarebbero stati gli addebiti fatturati in caso di recesso anticipato rispetto ai 30 mesi contrattualmente previsti. Possono quindi richiamarsi ed applicarsi anche al caso di specie tutti i principi di cui alla sopra citata delibera.

Ne discende quindi che anche in questo caso l'operato del gestore H3G risulta corretto, e non può quindi essere accolta la domanda sub b) di storno della posizione debitoria dell'utente.

Per quanto concerne il rimborso delle spese di procedura, di cui alla domanda d) dell'utente, esso non può essere riconosciuto, attesa la soccombenza totale dell'utente.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa del presente atto espresso dalla Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini, il Corecom, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

1. Rigetta l'istanza di X nei confronti della società H3G X per le motivazioni di cui in premessa.

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 sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

Il Segretario
Dott.ssa Primarosa Fini

La Presidente
Prof.ssa Giovanna Cosenza