

DELIBERA n. 57/08/CIR
definizione della controversia Apolloni / H3G s.p.a.

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 2 luglio 2008;

VISTA 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'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14;

VISTA 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";

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la delibera n.182/02/CONS "Adozione del regolamento per la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA l'istanza del 26 settembre 2006 (prot. n. 37768/06/NA) con la quale il Dott. XXX, rappresentato e difeso dall'Avv. Prof. XXX e dall'Avv. XXX, ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società H3G S.p.A.;

VISTA la nota del 12 ottobre 2006 (prot. n. 41323/06/NA) con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 14 del summenzionato regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 8 novembre 2006;

UDITE le parti, come si evince dal verbale di audizione dell' 8 novembre 2006;

VISTA la nota del 12 ottobre 2007 prot. n. 4308/DIT, con la quale la Direzione tutela dei consumatori richiedeva al Servizio Giuridico un orientamento interpretativo in ordine alle vertenze aventi ad oggetto la declaratoria di vessatorietà della clausola contrattuale attributiva del cd. *ius variandi* in favore dell'operatore;

PRESO ATTO del parere espresso dal Servizio Giuridico con la nota del 19 dicembre 2007 prot. n. SGIUR/AT-IN/1407/07, a riscontro della predetta richiesta;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Risultanze istruttorie

Sulla base della documentazione acquisita agli atti nonché dall'istruttoria svolta è emerso che il dott. XXX, titolare dell'utenza telefonica YYY, lamenta la variazione unilaterale da parte di H3G S.p.A. del piano tariffario denominato "Top 3 Privilege", sottoscritto dall'istante, e, pertanto, chiede il ripristino delle condizioni precedenti, cui aveva aderito.

In particolare, l'istante ha rappresentato che:

- in data 21.05.2004, H3G S.p.A. comunicava l'entrata in vigore delle modifiche a far data dal 01.07.2004. La nuova tariffa prevedeva 90 minuti di chiamate al giorno e 90 minuti di videochiamate al giorno entro la soglia di gratuità, stabilendo che l'eventuale residuo di contenuti e servizi non fruiti su base giornaliera non fosse più cumulabile con la soglia del giorno successivo, mentre la precedente prevedeva 10 ore di chiamate settimanali e 10 ore di videochiamate settimanali, senza limiti giornalieri;
- in data 29.06.2004, con raccomandata a.r., anticipata via fax, l'istante si opponeva alla suddetta variazione ma, nonostante ciò, a decorrere dal 01.07.2006, H3G S.p.A. provvedeva ad applicare il nuovo piano tariffario;
- in punto di diritto, tali modificazioni, sebbene siano riconducibili all'esercizio di uno *ius variandi* espressamente previsto dall'articolo 22 delle condizioni generali di contratto, debbono qualificarsi come arbitrarie ed ingiustificate, in quanto poste in essere in violazione dell'art. 1372 c.c., nonché dell'articolo 33, comma 2, lett. m) del Codice del Consumo.

La società H3G S.p.A., in sede di udienza, nel richiedere il rigetto dell'istanza, ha evidenziato di aver correttamente provveduto a notificare all'utente, ai sensi dell'articolo 22.2 delle condizioni generali di contratto e dell'articolo 70, comma 4, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, la propria volontà di apportare variazioni al piano tariffario "Top 3 Privilege", consentendo così allo stesso di recedere senza penali dal contratto. Tale facoltà di recesso non è stata, tuttavia, esercitata dall'istante, il quale si è limitato ad

esprimere il proprio dissenso rispetto alle nuove condizioni e, pertanto, la società H3G S.p.A. ha proceduto alla relativa applicazione a far data dal 01.07.2004.

2. Valutazioni in ordine al caso in esame

La fattispecie *de qua* investe il profilo della legittimità delle clausole contrattuali che abilitano i gestori di telefonia ad operare variazioni unilaterali dei piani tariffari pur in assenza di un giustificato motivo preventivamente individuato in sede di regolamento d'interessi.

L'art. 33, comma 2, lettera m) del codice del Consumo prevede, infatti, che *“si presumono vessatorie fino a prova contraria”* le pattuizioni che *“consentono al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”*.

Orbene, nel caso di specie, l'art. 22 delle condizioni generali di contratto di H3G stabilisce che *“..qualora “3” proponga al Cliente modifiche ai Piani Tariffari che comportino un aumento dei corrispettivi dovuti dal Cliente stesso o, comunque, un incremento degli oneri economici previsti a suo carico, il Cliente potrà recedere dal rapporto inerente il Servizio interessato, dandone comunicazione a “3” mediante raccomandata a.r., entro 30 (trenta) giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al precedente comma. Trascorso tale termine, le modifiche comunicate si intenderanno accettate dal Cliente.”*

Invero, l'analisi della suddetta clausola contrattuale porta ad escludere la sua riconducibilità al novero delle clausole che il citato art. 33, comma 2, lett. m) del Codice del Consumo presume vessatorie.

Ciò in ragione del fatto che la clausola in contestazione non sembra introdurre uno *ius variandi* suscettibile di spaziare sull'intero contenuto del programma negoziale. Il precetto negoziale esaurisce la sua efficacia nell'ammettere variazioni di costo del servizio pattuito, limitandosi cioè a consentire all'operatore di determinare unilateralmente un aumento di prezzo del servizio telefonico e riconosce, in siffatta evenienza, il diritto dell'utente di recedere dal contratto. Né si può ritenere, d'altronde, che il prezzo sia annoverabile tra quelle *“caratteristiche del prodotto o del servizio”* che sono prese in considerazione dal citato art. 33, comma 2, lett. m), che sancisce la presunta vessatorietà di tutte le clausole che abilitano a modificare unilateralmente tali elementi senza essere *“accompagnate”* dalla indicazione dell'apposito *“giustificato motivo”*. All'elemento del prezzo è infatti dedicata la disposizione speciale della lettera o) dello stesso comma, che assume quindi valore prevalente e assorbente.

La circoscritta portata della clausola in argomento consente di propendere – in ossequio al principio di specialità - per il suo inquadramento nell’ambito del citato articolo 33, comma 2, lett. o) del Codice del Consumo, il quale richiede, al fine della presunzione di vessatorietà, due distinti elementi: la fissazione, da parte del professionista, di un prezzo finale “eccessivamente elevato” e la mancanza della previsione, per tale eventualità, di un diritto di recesso a favore del consumatore. Elementi, questi, che si ritiene non ricorrano nella fattispecie in esame, ove è esplicitamente riconosciuto agli utenti il diritto di recedere dal contratto.

CONSIDERATO, per quanto sopra esposto, che la società H3G S.p.A., mediante la comunicazione inoltrata all’istante in data 21 maggio 2004, ha posto in essere un comportamento conforme alla normativa sopra specificata, con particolare riguardo all’osservanza delle prescrizioni dettate in punto di obblighi informativi e di modalità di esercizio dello *ius variandi*;

RITENUTA, pertanto, l’insussistenza di alcuna responsabilità in capo alla società H3G S.p.A. in ordine alla questione sollevata dall’istante, tale da giustificare l’accoglimento delle richieste di indennizzo rappresentate dal medesimo;

VISTA la proposta della Direzione Tutela dei Consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell’articolo 29 del Regolamento per l’organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

Il rigetto dell’istanza presentata dal dott. XXX in data 26 settembre 2006.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale dell’Autorità ed è resa disponibile sul sito *web* dell’Autorità.

Ai sensi dell’art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell’art. 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 2 luglio 2008

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola