

DELIBERA N. 649/07/CONS

Archiviazione per insussistenza della violazione dei procedimenti sanzionatori nn. 42/07/dit, 43/07/dit, 44/07/dit, 45/07/dit, 46/07/dit, 47/07/dit e 48/07/dit avviati nei confronti della società h3g s.p.a. Per la violazione dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 con riferimento alla modifica dei piani tariffari denominati "tuamatic", "tuamaticpiù", "supertua", "supertuapiù", "tuasemplice", "semplice3" e "super3"

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione del Consiglio del 19 dicembre 2007;

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", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 14;

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

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "Modifiche al sistema penale";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 31 marzo 2006, n. 76, ed il relativo Allegato A, recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*", e successive modifiche ed 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 la delibera dell'Autorità n. 9/06/CIR, recante "Disposizioni regolamentari in tema di blocco dei terminali mobili (*sim lock*)" del 21 febbraio 2006, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 64 del 17 marzo 2006;

VISTO il verbale di accertamento n. 42/07 del 10 agosto 2007 ed i conseguenti atti di contestazione della Direzione tutela dei consumatori nn. 42/07/DIT, 43/07/DIT, 44/07/DIT, 45/07/DIT, 46/07/DIT, 47/07/DIT e 48/07/DIT di pari data, notificati tutti in data 17 agosto 2007, con i quali è stata contestata alla società H3G S.p.A., con sede legale in Roma, Via Alessandro Severo n. 246, la violazione dell'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, in quanto l'informativa fornita in

merito alla modifica delle condizioni contrattuali relative ai piani tariffari elencati in epigrafe ed al conseguente diritto di recesso, fornita alla clientela con modalità poco trasparenti, in particolare con riferimento all'informazione sugli importi asseritamente dovuti dal cliente, non può ritenersi conforme a quanto prescritto dall'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo n. 259, 1° agosto 2003;

VISTI gli atti dei procedimenti;

UDITA la società interessata in data 26 settembre 2007;

VISTE le sette memorie difensive, pervenute in Autorità in data 11 settembre 2007, e quella successiva pervenuta il 15 ottobre 2007;

RITENUTO che, stante l'assoluta omogeneità delle fattispecie, i procedimenti sanzionatori avviati con i predetti atti contestazione possano essere oggetto di trattazione unitaria, anche alla luce del principio di economia dell'azione amministrativa;

CONSIDERATO quanto segue :

I. Deduzioni della società interessata.

La Società H3G S.p.A. ha rassegnato le proprie deduzioni, in fatto ed in diritto, nei termini di seguito illustrati.

1. A partire dal 9 luglio 2007 H3G S.p.A. ha avviato una campagna SMS volta ad informare la propria clientela delle modifiche contrattuali in vigore dal 1° settembre 2007 e relative ai piani tariffari denominati "TuaMatic", "TuaMaticpiù", "SuperTua", "SuperTuapiù", "TuaSemplice", "Semplice3" e "Super3", in conformità con quanto previsto dall'articolo 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, nonché dall'articolo 22 delle Condizioni Generali di Contratto;
2. l'SMS informativo recava la seguente dicitura: *"Dal 1/9 il tuo piano cambia. Per nuove condizioni e recesso senza penali, salvo costi sostenuti da 3, chiama gratis 4371 o clicca http://portale3.tre.it/NOME_PROFILLO".* Il medesimo SMS è stato nuovamente inviato a partire dal 23 luglio 2007 a tutti i clienti che, sulla base dei riscontri automatici effettuati dai sistemi di 3, non risultavano aver ricevuto il primo SMS. Il collegamento ipertestuale –immediatamente attivabile dal cliente - rinviava ad una pagina web recante tutte le informazioni riportate al punto 1) nonché il dettaglio delle modalità per l'esercizio del diritto di recesso ex art. 70 comma 4 del codice delle Comunicazioni elettroniche, richiamato dallo stesso SMS.

Le medesime informazioni sono state rese disponibili, sempre a partire dal 9 luglio 2007: a) nell'area riservata al servizio clienti del Portale mobile di 3

accessibile gratuitamente direttamente da qualsiasi Terminale 3, b) in forma vocale attraverso il numero gratuito 4371, c) sul sito web www.tre.it con accesso direttamente dalla *home page*. Infine, in data 27 luglio 2007, H3G ha provveduto alla pubblicazione delle informazioni relative alle nuove tariffe in vigore dal 1° settembre 2007 ed al diritto di recesso sui quotidiani a tiratura nazionale La Repubblica e Corriere della Sera;

3. nessuna penale è prevista per i clienti che esercitano il diritto di recesso a seguito della rimodulazione tariffaria, mentre l'unico caso di addebito di costi in relazione al recesso anticipato risulta quello relativo ai clienti che hanno aderito all'offerta promozionale "Scegli 3". Una parte della clientela (circa il 10,3%) ha aderito all'offerta promozionale denominata Scegli 3 Ricaricabile. Tale offerta prevede la consegna di un Terminale in comodato ex artt. 1803 e ss del codice civile, l'obbligo di una ricarica mensile di importo variabile (20 € o 10 €), un impegno minimo di 24 o 30 mesi (a seconda del periodo di sottoscrizione) e l'addebito di una somma, determinata in base ai costi sostenuti da 3, in caso di recesso anticipato. H3G ha provveduto, pertanto, ad informare la clientela che, in caso di non accettazione delle modifiche contrattuali in vigore dal 1° settembre 2007, non sarebbe stata addebitata alcuna penale, ma solo i costi sostenuti da 3 e contrattualmente previsti;
4. in merito alla contestata assenza di informazioni, in relazione all'addebito dei costi sostenuti da 3 per i clienti Scegli 3, si rileva dunque che:
 - il testo SMS fa esplicita menzione sia della facoltà di recesso senza penali che del possibile addebito conseguente a costi sostenuti da H3G;
 - l'ammontare esatto dell'importo è d'altronde conosciuto dal cliente sin dal momento dell'adesione al contratto. Infatti al cliente, all'atto della sottoscrizione dell'offerta Scegli3, viene consegnato un Regolamento di servizio recante una tabella con la chiara e puntuale indicazione degli importi addebitati in caso di recesso anticipato;
 - tale regolamento è inoltre presente sul sito internet di 3, nella sezione relativa alle promozioni. Infine, in considerazione delle modifiche intervenute nel corso degli anni su tale promozione, nonché delle novità introdotte dalla legge 40/2007, H3G ha mantenuto sul proprio sito internet, a disposizione della clientela, i regolamenti di servizio di tutte le offerte Scegli 3, nelle loro diverse denominazioni, che si sono succedute nel tempo;
 - l'informazione relativa all'addebito ed al suo ammontare viene inoltre fornita dal servizio assistenza clienti, qualora il cliente ne faccia richiesta;

Per quanto sopra esposto H3G ritiene di aver ottemperato a tutti gli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente, consentendo al cliente di essere edotto sul proprio diritto di recesso senza l'addebito di penali, e sugli esatti importi che gli vengono legittimamente addebitati in caso di recesso.

Sul punto H3G evidenzia, altresì, che gli addebiti previsti in caso di esercizio del diritto di recesso sono riconducibili esclusivamente alla (parziale) copertura di costi direttamente sostenuti da 3 e non avendo natura risarcitoria non sono in alcun modo

configurabili come penali. Tali costi, a detta dell'operatore, rappresentano esclusivamente l'ammontare parziale dei costi sostenuti dall'operatore 3 e come tali legittimamente esigibili in caso di recesso anticipato, in conformità con quanto previsto dalla legge 40/2007, nonché dalle linee guida pubblicate dall'AGCOM il 28 giugno 2007, come dettagliatamente comunicato all'Autorità. D'altronde, come si evince dalla documentazione fornita, i costi sono tra l'altro riconducibili, per circa il 70% del valore dell'addebito, al bene costituito dal terminale che H3G, in una legittima valutazione di convenienza commerciale, ha ritenuto di consegnare al cliente a titolo di comodato d'uso, fornendo alla clientela un'alternativa all'acquisto del terminale.

Sarebbe pertanto evidente che tale previsione non è contraria all'articolo 70 comma 4 del codice delle comunicazioni elettroniche, a mente del quale il recesso a seguito di modifiche contrattuali unilaterali, non avvenga "gratuitamente" o "senza addebiti od oneri", ma che avvenga "senza penali", senza escludere cioè l'addebito di un prezzo che sia riconducibile ai costi sostenuti dall'operatore come espressamente precisato dall'articolo 1 comma 3 della legge 40/2007. Del resto, questo principio sembrerebbe pacifico anche per la stessa Autorità, la quale, nell'ambito delle attività di vigilanza conseguenti all'entrata in vigore del decreto legge 7/07 (cosiddetto Decreto Bersani), poi convertito in legge 40/2007, ha ribadito la legittimità dell'addebito di spese che siano giustificate dai costi effettivi dell'operatore (vedi comunicato stampa dell'AGCOM del 16 aprile 2007) anche in caso di modifica delle condizioni contrattuali.

La Società interessata ha fatto presente, inoltre, di aver provveduto ad inoltrare all'Autorità un quesito interpretativo proprio in relazione alla corretta applicazione delle due norme sopra richiamate in relazione all'addebito di costi.

Per quanto attiene, poi, alla presunta violazione dell'art. 70 comma 4 del codice delle comunicazioni elettroniche, se posto in relazione all'articolo 4, comma 2 della delibera 9/06/CIR, H3G ha evidenziato, innanzi tutto, la possibilità per i clienti che hanno acquistato un terminale che presenta funzionalità di *operator/USIM lock*, in caso di esercizio del diritto di recesso a fronte della modifica tariffaria, di richiedere lo sblocco anche prima del termine temporale di nove mesi stabilito dalla citata delibera. Laddove previsto, al cliente viene comunque addebitato esclusivamente il corrispettivo definito dagli articoli 1 e 5 della delibera 9/06/CIR, mentre nessun altro addebito aggiuntivo, incluse penali, è previsto a carico del cliente per lo sblocco del terminale.

A tal proposito viene rimarcato che la delibera n. 9/06/CIR nell'articolo 4 comma 2 e nel considerato n. 67, parla espressamente di "penali o costi aggiuntivi", mantenendo una netta distinzione tra tali importi e quelli addebitati in caso di sblocco. Infatti, sia all'articolo 5 comma 2 sia nel considerato n. 69, con riguardo al normale corrispettivo richiesto al cliente per lo sblocco anticipato, vengono utilizzati i termini "corrispettivo" e "cifra", determinati sulla base di quanto disposto dagli artt. 1 e 5, e relativi ai soli costi direttamente sostenuti da H3G in caso di sblocco anticipato del terminale. Risulterebbe, pertanto, legittimo, in caso di rimodulazione ex art.70 comma 4 e mancata accettazione delle nuove condizioni di contratto da parte del cliente, addebitare, qualora quest'ultimo

ne faccia richiesta, esclusivamente il normale “corrispettivo” dello sblocco del terminale pari al 50% del valore del sussidio, che non può qualificarsi né come penale né tanto meno come costo aggiuntivo rispetto a quanto regolarmente previsto.

Inoltre, la previsione di cui all’articolo 4 comma 2 sarebbe giustificata dal considerato n. 67, secondo il quale l’assenza di costi aggiuntivi o penali in caso di variazione delle condizioni contrattuali è prevista “al fine di garantire che il cliente risulti compiutamente informato dei vincoli e delle condizioni assunte, acquistando un terminale con la pratica del *SIM Lock*”. Il corrispettivo previsto dall’articolo 5, comma 2, è senza equivoco un elemento di cui il cliente è sicuramente e preventivamente informato in modo esaustivo, seppure non ricadente nell’ambito del suindicato considerato 67, del quale comunque soddisfa la *ratio* con riguardo alla più generale esigenza di opportuna informazione del cliente. Un’interpretazione diversa da quella innanzi prospettata comporterebbe una grave discriminazione del cliente che ha acquistato il terminale a prezzo pieno e si sostanzierebbe come un ingiustificato arricchimento dell’acquirente del terminale soggetto a *lock* in danno di H3G, risultando giuridicamente distinto il ruolo di acquirente del bene da quello di cliente fruitore dei servizi UMTS/DVB-H.

Con la successiva memoria del 15 ottobre 2007, H3g S.p.A. ha ulteriormente argomentato le proprie giustificazioni, rappresentando che, a seguito della campagna informativa relativa alla rimodulazione tariffaria *de qua*, il numero di disattivazioni di USIM prepagate, nel periodo compreso tra il 9 luglio ed il 30 settembre, è stato di circa 83.000 MSISDN, comprensivo dei clienti che sono passati ad altro operatore. In particolare il totale delle disattivazioni riferibili a USIM prepagate senza vincoli è stato di circa 75.000 MSISDN, mentre i restanti 8.000 casi sarebbero riferibili a clienti Scegli 3, ovvero clienti che avendo aderito all’offerta che prevede la consegna del terminale in comodato d’uso ed un impegno minimo di 23/30 mesi, avrebbero dovuto corrispondere a 3 le somme contrattualmente previste in caso di recesso anticipato.

Sul punto l’operatore ha fatto presente di aver rinunciato ad ogni addebito nei confronti di tali clienti; tale iniziativa, che ha comportato un mancato introito per la Società di circa 1,3 milioni di euro, è stata attuata da 3 pur nella consapevolezza della correttezza del proprio operato e dell’assoluta trasparenza del messaggio, confermata, tra l’altro, dall’elevato numero di disattivazioni successivo alla campagna informativa e dal fatto che circa 150.000 clienti hanno scelto di migrare su altro piano tariffario, fruendo della possibilità di effettuare il cambio gratuitamente.

II. Valutazioni dell’Autorità in merito alle eccezioni sollevate da H3G S.p.A.

Per una corretta valutazione della fattispecie in esame occorre tener ben presente la lettura congiunta delle diverse norme, di natura legislativa e regolamentare, coinvolte, e, dunque, della volontà del Legislatore, confermata dalla declinazione operata dall’Autorità, di non consentire agli operatori condotte che disincentivino il recesso mediante l’imposizione di costi non contrattualmente previsti, ovvero di costi che,

siccome non giustificati da spese effettivamente sostenute dall'operatore, si tradurrebbero in sostanza in "penali", non ammesse dalla normativa vigente.

Ne discende, allora, che se in astratto H3G può richiedere alla clientela, all'atto del recesso il pagamento di un *quid* a titolo di ristoro delle spese sostenute, vale però la regola che ogni voce che l'operatore intenda accollare al cliente deve poter trovare puntuale giustificazione in precisi costi, che l'operatore stesso sia in grado di dimostrare di avere realmente sostenuto: solo l'evidenza di siffatti costi potrebbe, in astratto, giustificare l'accollo di alcunché al cliente. Ciò che vale in ogni ipotesi di offerta contrattuale: di vendita, di noleggio o di comodato d'uso.

Per quanto concerne, allora, le diverse ipotesi di offerta contrattuale summenzionate, vanno operate le distinzioni che seguono al fine di verificare la sussistenza, in concreto, di violazioni della norma di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 259/2003.

Con riferimento ai terminali in vendita, la soluzione adottata dall'operatore, che ha consentito a tutti i clienti che abbiano acquistato il terminale di ottenerne, in caso di recesso a seguito della rimodulazione tariffaria, lo sblocco col pagamento di un importo pari al 50% del prezzo del sussidio indicato nel listino dell'operatore, anche prima dei nove mesi normalmente previsti, può ritenersi sufficientemente trasparente e conforme alla normativa, sempre che in tale importo vengano incluse soltanto le spese giustificate da costi effettivamente sostenuti, senza poter eccedere tale limite.

Per i casi di vendita con sussidio non può, quindi, che confermarsi l'assenza di profili censurabili.

Con riferimento, poi, alle offerte che comprendono la cessione del terminale in comodato, va ribadita la volontà del legislatore di proteggere il consumatore dal rischio di corrispondere importi non dovuti a prescindere dalla qualificazione del singolo contratto stipulato, con conseguente divieto di addossare al cliente recedente importi ulteriori rispetto a quelli dedotti in contratto e non giustificati da effettivi costi. Pertanto anche in simili ipotesi va verificato se gli oneri che l'operatore allega siano giustificati ed effettivi, e non siano per ipotesi già compensati altrimenti.

In tale prospettiva, allora, l'informazione resa da H3G in occasione della rimodulazione tariffaria *de qua* avrebbe potuto risultare censurabile, essendo i costi a carico degli utenti esercitanti il recesso non immediatamente deducibili e, soprattutto, riferibili a costi non chiaramente determinati.

Tuttavia, avendo la predetta Società rinunciato a riscuotere dai clienti con terminale in comodato qualsiasi corrispettivo per i costi sostenuti, le censure appena illustrate possono ritenersi superate, anche in virtù dell'assenza di pregiudizio concreto per gli utenti.

D'altro canto l'elevato numero di richieste di recesso dichiarate dall'operatore a seguito della campagna di rimodulazione tariffaria dimostra come la rinuncia a richiedere corrispettivi per i costi sostenuti abbia di fatto vanificato l'effetto deterrente ipotizzabile a causa della non adeguata trasparenza del messaggio informativo relativo al diritto di recesso.

Va tenuto conto, inoltre, che H3G ha dimostrato di aver agito in buona fede, avendo più volte interloquuto con l'Autorità al fine di indirizzare la propria condotta e provvedendo, a seguito della contestazione, ad adeguarsi a quanto ivi indicato, con le modalità sopra illustrate.

Pertanto, anche in ossequio al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, le censure avanzate in sede di contestazione possono ritenersi ugualmente superate con riferimento alle ipotesi di offerte contrattuali con terminali ceduti in comodato, stante la buona fede dimostrata dalla Società interessata nell'adempimento degli obblighi di legge e regolamentari e considerata l'assenza di pregiudizio concreto per gli utenti interessati.

RITENUTO, pertanto, di non doversi dare ulteriore corso ai procedimenti in epigrafe;

VISTA la relazione del responsabile del procedimento, avv. Enrico Maria Cotugno, e le risultanze istruttorie;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

SENTITA la relazione del Commissario Sebastiano Sortino, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

l'archiviazione, per insussistenza della violazione, dei procedimenti sanzionatori nn. 42/07/DIT, 43/07/DIT, 44/07/DIT, 45/07/DIT, 46/07/DIT, 47/07/DIT e 48/07/DIT, avviati nei confronti della società H3G S.p.A. ai sensi dell'articolo 98, comma 16, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

Il presente provvedimento è pubblicato nel Bollettino ufficiale e nel sito web dell'Autorità.

Napoli, 19 dicembre 2007

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola