



**CONSIGLIO REGIONALE DELLA
BASILICATA
UFFICIO PER LE POLITICHE DELLA
RAPPRESENTANZA E DELLA PARTECIPAZIONE**

**COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI
(CO.RE.COM.)**

Deliberazione n. 2/2018

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA [REDACTED] C/
WIND TRE S.P.A. (GIA' H3G S.P.A.)

L'anno duemiladiciotto , il giorno 15 del mese di gennaio presso la sede del Co.re.com. si è riunito il Comitato regionale per le comunicazioni.

Sono presenti i Signori

		Pres.	Ass.	
1.	LAMORTE Giuditta	Presidente	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2.	CORRARO Armando Nicola	Componente	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3.	LAGUARDIA Gianluigi	Componente	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4.	RAPOLLA Morena	Componente	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
5.	STIGLIANO Carmine Sergio	Componente	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

DELIBERA N. 2/2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

██████████ C/WIND TRE S.P.A. (GIÀ H3G S.P.A.)
(Prot. n. 11428/C del 22.11.2016)

IL CO.RE.COM. DELLA REGIONE BASILICATA

NELLA riunione del 15 /1/2018;

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*”;

VISTA la L.R. n.20/2000 “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato Regionale per le Comunicazioni – Co.Re.Com.*”

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, il Consiglio regionale della Basilicata e il Comitato regionale per le comunicazioni della Basilicata in data 17/11/2011, 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 ██████████ prot. n. 11428/C del 22.11.2016, contro Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.);

VISTI gli atti del procedimento;

Con riferimento alla procedura di definizione della controversia in oggetto, si rileva quanto segue.

1. La posizione dell'istante

All'esito del fallito tentativo di conciliazione, l'utente presentava istanza di definizione, tramite modello GU14, ove, nella parte dedicata alla descrizione dei fatti, si legge: *"Il ricorrente recedeva dal contratto stipulato con H3G S.p.a. in data 25.09.2013 (doc. n. 1). A seguito del recesso riceveva la fattura n. [REDACTED] del 08.05.2016 di Euro 77,90 contenente i costi per recesso anticipato (doc. n. 5). Premesso che il Decreto Bersani prevede la possibilità di recedere dai contratti di telefonica senza dover pagare alcuna penale alla compagnia dalla quale si recede, nulla deve il sig. Di Sarlo alla H3G"*.

L'utente concludeva formulando le seguenti richieste: *"Chiediamo che venga stornato l'importo riportato nella fattura n. [REDACTED] del 08.05.2016 di Euro 77,90 richiesto per il recesso anticipato dal contratto con H3G S.p.a. e chiediamo che venga riconosciuto un indennizzo di Euro 500,00 per tutti i disagi subiti"*.

Nel corso del procedimento di definizione l'utente presentava documenti difensive.

2. La posizione dell'Operatore

L'operatore telefonico, pur presenziando alla udienza di conciliazione, non aderiva alle richieste dell'utente. Successivamente, l'operatore presentava memoria difensiva del 20.04.2017 in cui sollevava serie di eccezioni concludendo con il richiedere al Co.Re.Com. di *"la definizione della presente vertenza chiedendo il rigetto delle domande avanzate da controparte"*.

Con apposito verbale il Responsabile del procedimento, tratteneva in definizione la controversia.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono accolte per quanto di seguito precisato. L'utente lamenta, infatti, l'addebito a suo danno di Euro 77,90 come da fattura n. [REDACTED] del 08.05.2016 chiedendo che venga affermata la non debenza dei costi per il suo recesso anticipato dal contratto, in forza del c.d. "Decreto Bersani".

Si evidenzia che l'utente contesta la valida sussistenza di un rapporto contrattuale con la H3G S.p.a. laddove nel formulario UG scrive: *"Infine, si fa presente che la proposta contrattuale allegata sotto il doc. n. 3 non è firmata dal ricorrente. Pertanto,*

nessun contratto esiste tra il ricorrente e la H3G S.p.a.”. Tanto viene ribadito dall’utente nella propria memoria difensiva del 08.04.2017.

Tuttavia, si evidenzia che l’utente abbia ammesso di aver “stipulato” un contratto con H3G sia nel formulario UG, sia nel formulario GU14, sia nelle proprie memorie difensive: in tutti questi scritti l’istante, infatti, si legge: “*Il ricorrente recedeva dal contratto stipulato con H3G S.p.a. in data 25.09.2013*”. Tanto costituisce una chiara ammissione della stipula del contratto di cui si discute. La valida conclusione del contratto si desume, inoltre, dal fatto che l’utente abbia ammesso di aver inviato richiesta di recesso dal contratto: si può recedere da un contratto stipulato non da uno inesistente!

Ma vi è di più. Il ricorrente, infatti, ha prodotto la copia della proposta di adesione alla offerta commerciale di H3G S.p.a. priva della sua sottoscrizione, tentando di dedurre, da tale produzione, l’assenza di qualsivoglia rapporto contrattuale tra le parti.

Invero, l’operatore telefonico, adempiendo al proprio onere probatorio sul punto, ha prodotto proposta contrattuale recante la sottoscrizione del cliente. Tale produzione documentale non è stata contestata dall’utente il quale non ha disconosciuto la propria sottoscrizione né risulta che abbia attivato le azioni previste in tal senso dall’ordinamento: si ritiene legittimo, pertanto, dedurre la veridicità e fondatezza della produzione documentale dell’operatore telefonico.

Tanto si desume, tra l’altro, anche dal fatto che a decorrere dal 23.09.2013, per oltre due anni l’utente ha usufruito dei servizi di H3G S.p.a. senza mai contestare la mancata conclusione del contratto!

Da quanto detto può ritenersi provata la valida conclusione del contratto in data 23.09.2013 alle condizioni approvate dall’utente nel modulo di adesione prodotto dal H3G S.p.a.

Dagli atti del procedimento, pertanto, risulta che l’utente abbia sottoscritto una proposta di abbonamento utenza relativa alla numerazione oggetto del procedimento di definizione: in atti l’operatore ha prodotto sia il modulo di adesione con sottoscrizione dell’utente sia le condizioni generali di contratto e le norme regolamentari richiamate nel ridetto modulo e che l’utente ha approvato.

Dall’analisi della documentazione prodotta dall’operatore telefonico, si evince che l’utente, con la sottoscrizione del modulo di adesione all’ offerta telefonica, ha approvato le condizioni generali di contratto ed i regolamenti relativi alla fruizione dei servizi prescelti, come richiamati nel ridetto modulo, ivi compreso il vincolo temporale di 30 mesi. Evidenziando, ancora una volta che la documentazione prodotta da H3G non è stata espressamente contestata dall’utente, si evidenzia che- come evidenziato dall’operatore- l’art. 11.2 del regolamento di servizio vendita a rate recita: “*In caso di recesso richiesto*

ai sensi dell'articolo 11.1, anche in caso di applicazione da parte di "Tre" della disciplina relativa ad eventuali limitazioni di utilizzo dei servizi in abbonamento, il Cliente sarà soggetto al versamento in un'unica soluzione delle rate residue, e non ancora corrisposte, relative all'acquisto del Terminale. Inoltre, venendo meno i requisiti per l'applicazione delle Condizioni migliorative, sarà soggetto al pagamento di un importo, quale riallineamento forfetario alle condizioni economiche base per il periodo contrattuale precedente la data di efficacia del recesso, pari a quanto indicato dalla Tabella 1 a seconda dello sconto praticato sul canone mensile e del numero delle rate mensili previste per l'acquisto del terminale".

Nel caso di specie, l'utente ha sottoscritto un contratto per la fornitura di servizi-ivi incluso l'acquisto a rate di un terminale- offerti in via promozionale a costi scontati rispetto a quelli standard, in conseguenza della accettazione da parte del cliente di un vincolo temporale di fedeltà pari a 30 mesi durante i quali il cliente sarebbe dovuto rimanere fedele all'operatore prescelto permettendo a quest'ultimo di ammortizzare i costi.

Effettuando il recesso prima dello scadere dei 30 mesi ridetti, trova applicazione la norma contrattuale su richiamata che consente all'operatore di riallineare i costi al piano con canone base. Nel corso della istruttoria è emerso che tale pattuizione è stata portata a conoscenza dell'utente che la ha approvata ed è, inoltre, conoscibile utilizzando l'ordinaria diligenza.

Sul punto si richiama quanto detto recentemente dal Corecom Regione Lazio DELIBERA DL/151/15/CRL/UD del 11.09.2015

Altrettanto dovuti dall'utente sono gli importi addebitati nelle fatture emesse da H3G per le rate residue dei due terminali abbinati ai contratti risolti anticipatamente (l'uno in conseguenza della migrazione, l'altro per inadempimento dell'utente) e per i costi del recesso anticipato. Entrambi i contratti prevedevano, infatti, a fronte di specifiche offerte promozionali, il vincolo di durata di 30 mesi che, per i motivi appena detti, non è stato rispettato dall'utente.

Il T.A.R. del Lazio, con sentenza 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 maniera conforme si cita quanto affermato dal Co.Re.Com. Regione Liguria nella Delibera n. 2/2015: *"Per quanto riguarda la contestazione relativa alle fatture per i costi di recesso anticipato, e per le rate residue non ancora corrisposte per l'acquisto del terminale abbinato al piano tariffario prescelto, si rileva quanto segue.*

La numerazione [REDACTED] oggetto dell'istanza, è stata attivata in data 27.08.2010. Il piano tariffario adottato il 19.07.2012 era "PRO 800" (mercato business) abbinato a un terminale modello "iPhone 4S 16", acquistato mediante rateizzazione del prezzo e con vincolo contrattuale di 30 mesi.

L'istante invoca, a motivo della sua richiesta, il divieto di addebito delle penali per recesso anticipato, contenuto nell'art.1 della legge n. 40/2007 (c.d. Decreto Bersani). H3G ne eccepisce l'inapplicabilità all'odierna fattispecie, sostenendo che il contratto di che trattasi non è un normale contratto di abbonamento, ma presenta alcune "specificità": l'applicazione di sconti tariffari, l'acquisto, tramite finanziamento senza interessi, di un terminale di alto valore commerciale, lo sconto della rata mensile del terminale sul canone del servizio reso.

L'offerta commerciale, a cui l'istante ha aderito, prevedeva, infatti, condizioni di favore quale, ad esempio, l'applicazione di tariffe convenienti rispetto alle tariffe standard e la possibilità di acquistare, mediante rateizzazione del prezzo, di un terminale a sua scelta.

L'utente, a fronte di questi vantaggi, offriva la sua fedeltà e si impegnava a rimanere vincolato per un certo periodo di tempo verso l'operatore H3G (nello specifico, 30 mesi), garantendogli, così, i tempi necessari ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio dei contratti.

Risulta condivisibile quanto afferma H3G e cioè che "l'interruzione prematura dei rapporti inter partes abbia 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".

Per quanto riguarda le somme dovute per le rate residue e non ancora corrisposte per l'acquisto del terminale – come rileva l'operatore – “va specificato che il contratto de quo prevedeva un vincolo contrattuale di 30 mesi dietro l'acquisto di un telefono da parte del Cliente, mediante rateizzazione del prezzo, il quale versava un canone di abbonamento scontato in fattura (c.d. Condizioni migliorative di cui all'art. 11, comma 2, Regolamento di Servizio Vendita a Rate).

Lo sconto della rata in fattura, pari all'importo versato mensilmente per l'acquisto degli apparati telefonici, sarebbe stato applicato per tutta la durata del contratto.

Appare incontestabile il vantaggio ottenuto dall'istante con questa tipologia di offerta, in quanto, di fronte di un vincolo contrattuale, di durata 30 mesi, beneficiava di evidenti utilità controbilanciate solo dal fatto di consentire ad H3G S.p.A. il tempo necessario ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto. In caso di recesso anticipato è previsto il versamento di un corrispettivo, cosiddetto di “riallineamento” al piano con canone base, ossia pieno (quello cioè privo dello sconto dell'importo pari alla rata del terminale acquistato).

La giurisprudenza di merito ha chiarito che i contratti contenenti queste tipologie di offerte promozionali derogano al divieto contenuto nell'art. 1 della legge 40/2007, e che, nel caso di risoluzione contrattuale anticipata, la ratio giustificativa delle penali risiede nella necessità di garantire all'operatore un ritorno economico al fine di ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto e di riequilibrare i benefici economici concessi al cliente con un riallineamento forfetario alle condizioni economiche dei contratti base.

A sostegno di quanto sopra esposto, si richiama, ad esempio, un precedente giurisprudenziale del Tribunale di Milano, sentenza n. 5554/2012, nell'ambito del quale, dichiarandosi inapplicabile nel merito la legge 40/2007 - come vorrebbe, invece, l'istante - bene viene evidenziata la distinzione tra recesso da un abbonamento "tout court" e

recesso da "specifiche offerte promozionali" - come nel caso del presente procedimento - riconoscendo, nel secondo caso, la legittimità delle c.d. penali.

In altri termini l'offerta promozionale rappresenta un accordo accessorio a quello principale, ed è connotata da un vantaggio che viene attribuito all'utente rispetto alla stipula del contratto base. Di conseguenza il recesso anticipato dall'offerta va inteso diversamente rispetto al recesso dal contratto base, e deve essere consentito il recupero degli importi ai quali l'operatore ha rinunciato a seguito dell'opzione effettuata dall'utente. Tale facoltà, inoltre, troverebbe anche la sua giustificazione nell'art. 1, comma 1, della legge 40/2007, che prevede la possibilità di subordinare le offerte promozionali a vincoli di durata.

Tutto ciò premesso, ne discende che la domanda dell'istante di storno delle fatture n. [redacted] e n. [redacted] non può trovare accoglimento".

Si ritiene di condividere a pieno le argomentazioni illustrate nelle delibere suindicate che portano, inevitabilmente, a dover rigettare la domanda formulata dall'istante di storno della fattura contestata.

Quanto alla domanda di indennizzo formulata dall'istante, si precisa che la stessa non può trovare accoglimento, essendo priva di fondamento per le ragioni suindicate e non essendo, tra l'altro, la istanza inquadrabile nelle tipologie di indennizzo previste nel Regolamento approvato con delibera AGCOM 73/2011/CONS.

4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, vista la relazione istruttoria redatta dall'esperto giuridico, avv. [redacted], relative all'istanza dell'utente [redacted] presentata in data 22 novembre 2016, prot. n. 11428/C, contro Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.);

Delibera

di rigettare l'istanza presentata dal Sig. [redacted] nei confronti della Società Wind Tre S.p.A. (già H3G S.p.A.), con compensazione delle spese di procedura.

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* dell'Autorità.

LA DIRIGENTE
Dr.ssa Vesna Alagia


LA PRESIDENTE
Giuditta Lamorte
