

DELIBERA DL/20/16/CRL/UD del 18 marzo 2016
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
METALCISTERNA 84 XXX / TELECOM ITALIA XXX
(LAZIO/D/30/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 18 marzo 2016;

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 il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio 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 METALCISTERNA 84 xxx n. 252/2015 ricevuta con Protocollo n. 30 del 15 gennaio 2015 (Rif. Lazio/D/252/2015)

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

La METALCISTERNA 84 xxx (di seguito “Metalcisterna”) ha introdotto la presente controversia nei confronti dell’operatore Telecom Italia xxx (di seguito “Telecom”) in relazione all’applicazione di costi di recesso in seguito alla chiusura di un contratto telefonico per il servizio di telefonia mobile su tre utenze (337*****25, 335*****12 e 393*****06) in seguito a passaggio ad altro operatore.

Nell’istanza di definizione e memoria illustrativa l’Istante ha affermato che:

- i. In data 9 dicembre 2014 recedeva dal contratto stipulato in data 8 gennaio 2013;

- ii. Il gestore telefonico, con le fatture nn. 7X016****3 e 7X029****14 addebitava costi di recesso non giustificati pari ad € 249,99 oltre IVA;
- iii. il gestore giustificava tali costi come “*corrispettivo per il recesso da servizi opzionali*” senza spiegare quali siano stati i costi effettivamente sostenuti dal gestore stesso per chiudere il contratto;
- iv. il gestore non forniva spiegazioni, nonostante i reclami inoltrati;
- v. l’Istante ritiene gli addebiti illegittimi, in violazione dell’Art. 1, commi 1 e 3, della Legge 40/2007 (c.d. *Decreto Bersani*) ed a tale proposito richiama alcune Delibere dell’Autorità, in particolare la 86/11/CIR e la 75/11/CIR.

Alla luce di tali premesse, l’Utente chiede:

- a. lo storno integrale delle fatture contestate;
- b. un indennizzo di € 400,00 per spese di procedura sostenute.

2. La posizione dell’operatore.

Telecom ha dedotto ed eccepito quanto segue:

- i. che l’utente ha sottoscritto in data 8 gennaio 2013 il contratto “*Impresa Semplice – Multibusiness*” aderendo, per tutte e tre le utenze in oggetto, al Profilo Commerciale “*Tim senza problemi*”;
- ii. che le tre linee sono state attivate il 14 gennaio 2013;
- iii. che, con l’accettazione dell’offerta promozionale scelta, l’utente ha accettato di beneficiare degli sconti connessi a condizione di non recedere dal contratto stesso entro il termine di 24 mesi;
- iv. che l’Istante ha invece richiesto il passaggio ad altro operatore, con contestuale recesso dal contratto in essere con Telecom, a marzo ed aprile del 2014, non osservando il termine contrattuale dei 24 mesi;
- v. che l’Art. 13.2 delle Condizioni Generali del contratto Multibusiness prevede che “*Telecom Italia addebiterà al Cliente, per ogni utenza per la quale l’Offerta viene cessata, il corrispettivo di 83,33 € oltre IVA*”;
- vi. che il contratto perfezionato dall’utente era del tipo Multibusiness;
- vii. che alle clausole che prevedono penali in caso di recesso anticipato da contratti nei quali siano state concesse particolari agevolazioni non è applicabile il c.d. *Decreto Bersani*, come già riconosciuto dalla giurisprudenza in materia (C. Stato 1442/2010);
- viii. che le clausole contrattuali in questione sono pienamente legittime in quanto chiaramente indicate nella documentazione contrattuale e specificatamente accettate dall’utente con la sottoscrizione della proposta di contratto.

Il Gestore, pertanto, chiede il rigetto dell’Istanza.

3. La replica dell’Istante.

L’Utente, con la propria memoria di replica, contesta quanto dedotto dal gestore sul presupposto che il precedente giurisprudenziale richiamato non risulta applicabile alla presente fattispecie e conferma, pertanto, le proprie richieste.

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.

Prima di entrare nel merito della questione si rileva anzitutto che, ai sensi dell'Art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti (L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità), l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria.

Deve ritenersi inammissibile, pertanto, la richiesta di rifusione delle spese di procedura nella misura di € 400.00 in quanto avente chiara finalità risarcitoria, avuto riguardo all'entità della richiesta ed all'assenza di qualsivoglia elemento giustificativo delle spese, eventualmente, sostenute.

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

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).

Telecom ne eccepisce l'inapplicabilità all'odierna fattispecie sostenendo che il contratto in oggetto non è un normale contratto di abbonamento, ma prevede l'applicazione di sconti tariffari: l'utente, infatti, a fronte di questi vantaggi ha offerto la sua temporanea fedeltà e si è impegnato a rimanere vincolato per 24 mesi con l'operatore, garantendogli in tal modo i tempi necessari ad ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio dei contratti.

L'utente eccepisce in replica che non gli è stato consentito di scegliere tra l'alternativa a prezzo pieno e l'offerta promozionale e perciò il principio giurisprudenziale non sarebbe applicabile contestando pure, sotto altro profilo, la valenza di applicabilità *erga omnes* di una sentenza che fa stato solo tra le parti .

Attese le repliche di parte istante, pare opportuno a questo Corecom, entrare ancora una volta nel merito delle vicende che hanno caratterizzato il delicato tema e dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto.

Infatti la giurisprudenza 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 forfettario alle condizioni economiche dei contratti base.

La 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”* .

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. nella quale, dichiarando inapplicabile nel merito la legge n. 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 oggetto 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.

Quanto all’obiezione dell’utente di non essere stato destinatario di una proposta di abbonamento a prezzo pieno in alternativa all’offerta promozionale, valga il contratto depositato da Telecom (Offerta “Tim senza problemi”) dove nelle condizioni economiche sono ben evidenziati, anche graficamente, gli sconti applicati sui prezzi di listino.

Quanto poi all’inapplicabilità *erga omnes* della decisione sul caso concreto, volendo omettere ogni valutazione sull’osservazione svolta, basti il richiamo all’art.1, comma 1, della legge n. 40/2007 che prevede espressamente la possibilità di subordinare le offerte promozionali a vincoli

di durata (*“fatti salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi piu' favorevoli per il consumatore”*).

Alla luce di tutto quanto premesso la domanda dell'istante relativa allo storno delle fatture nn. 7X016****3 e 7X029****14 non può trovare accoglimento.

5. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo compensare fra le parti, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, le spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza dell'utente METALCISTERNA 84 xxx nei confronti di Telecom Italia xxx e compensa le spese di procedura.

2. 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.

3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

4. 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, lì 18 marzo 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto