

**DELIBERA DL/023/17/CRL/UD del 20 febbraio 2017**

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA**

**S. GIORDANO/H3G XXX**

**(LAZIO/D/440/2016)**

**IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO**

NELLA riunione del 20 febbraio 2017;

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 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 S. Giordano presentata in data 09/06/2016 nei confronti dell’operatore H3G XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

**1. La posizione dell’istante**

L’istante introduceva il presente contenzioso lamentando la ricezione di un sms con cui lo si informava che dal 13/01/16 l’opzione ALL-IN ONE sarebbe stata disattivata. Immediatamente diffidava l’operatore, attraverso il portale di H3G, dal procedere in tale disattivazione. A seguito di ulteriore contestazione tramite PEC, veniva ricontattato telefonicamente dall’ufficio legale H3G, il quale gli offriva la possibilità di recedere senza penali. In data 16/01/2016, l’opzione veniva disattivata.

In base a tali premesse l’utente chiedeva:

- Rimborso delle spese di attivazione dell'opzione ALL-IN-ONE, sostenute in seguito all'accettazione dell'offerta proposta telefonicamente;
- Penale per immotivato ed illegittimo recesso da un'opzione scontata che prevedeva (come offerta pubblicizzata) un vincolo di 30 mesi al costo di 20 € mensili per chiamate e sms illimitati e 2 Gb di internet mensili.

## **2. La posizione dell'operatore H3G.**

Con memoria difensiva depositata in data 15/07/2016, l'operatore ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità della richiesta di "penale per immotivato ed illegittimo recesso da un'opzione scontata" in quanto non consentita dall'art.19, comma 4 del Regolamento.

Nel merito deduceva che le doglianze di controparte dovevano essere ritenute infondate, poiché la rimodulazione effettuata in tale circostanza, si atteneva a quanto prescritto dalle condizioni generali di contratto e dalla normativa di settore.

Precisava che l'utente era attivo dal 2012, con piano tariffario ricaricabile "3 Power 10" e, successivamente, abbinato all'opzione tariffaria a pagamento All-In-One al costo di 2,50 € a settimana.

Deduceva, come confermato dall'utente, che nel dicembre 2015 la compagnia telefonica informava la propria clientela che l'opzione tariffaria All-In-One sarebbe stata disattivata nel mese di gennaio 2016 e che attraverso il link inviato contestualmente all'avviso, era stata data la facoltà all'utente di disattivare l'opzione autonomamente (rispetto al vincolo contrattuale che l'opzione stessa prevedeva) senza penali a carico dell'utente.

H3G aveva infatti provveduto alla modifica unilaterale dell'offerta complessiva che prevedeva il piano "Power 10" e l'opzione "All In One". Tale modifica, risultava legittima, atteso il corretto preavviso fornito all'utente, che così facendo, avrebbe mantenuto il piano tariffario prescelto in sede di sottoscrizione del contratto. (l'opzione non poteva essere attivata senza un piano tariffario sottostante).

Si riportava, inoltre, all'art. 22.2 delle C.G.C., che prevede: *"Qualora "3" proponga al Cliente modifiche contrattuali ed in particolare modifiche 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, senza che gli venga addebitata alcuna penale, dandone comunicazione a "3" a propria scelta mediante raccomandata a.r., posta ordinaria, posta prioritaria entro 30 (trenta) giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al precedente comma. Trascorso tale termine, le modifiche comunicate si intenderanno accettate dal Cliente"*.

Infine, il punto 3 dell'art. 22 così dispone: *"Le modifiche introdotte verranno, altresì, comunicate al Cliente con un mese di preavviso attraverso le modalità stabilite dal successivo art. 24 e saranno illustrate e rese note nel sito [www.tre.it](http://www.tre.it), anche attraverso la pubblicazione dei relativi documenti nella versione vigente"*.

A ben vedere tali disposizioni contrattuali non fanno altro che uniformarsi al comma 4 dell'art. 70 del Codice delle Comunicazioni elettroniche (D.lgs. 259/03). Tale norma, in particolare, prevede il diritto per gli abbonati di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non

inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni”.

Il comma in esame pone quale logica conseguenza il diritto dell'operatore di telefonia di inserire clausole che gli consentano di poter modificare le proprie condizioni contrattuali.

Considerava inoltre che, trattandosi di variazione di un'opzione e non del piano tariffario sottoscritto, il cliente poteva tranquillamente disattivare l'utenza qualora non fosse più interessato all'offerta così come modificata.

Sulla base di tali considerazioni, il gestore richiedeva il rigetto dell'istanza.

### **3. La replica dell'utente**

L'istante, in replica alla memoria di H3g, contestava quanto segue.

In prima analisi, contestava la mancata presentazione del contratto da parte del gestore.

Precisava, poi, che l'opzione All In One era stata attivata a seguito della ricezione di un sms, da parte del gestore, che lo informava che sarebbe stata attivata con un sconto di 10€ al mese, per una durata di 30 mesi (ai sensi dell'art. 7 delle C.G.C.).

L'utente rilevava dunque l'asimmetria nell'impegno a mantenere il vincolo a lui richiesto, mentre il gestore si consentiva di disattivare, senza motivazione alcuna, un'opzione attivata solo pochi mesi prima, lasciando quasi intendere la debenza, oltretutto, di costi aggiuntivi.

Richiamava a supporto l'art.4.1 del Regolamento di Servizio ALL-IN ONE.

Ribadiva pertanto l'illegittimità del recesso, pur in presenza del preavviso.

### **5. Motivazione della decisione.**

#### **In rito.**

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui all'art. 14, comma 3 del Regolamento, ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

E' condivisibile l'eccezione preliminare, sollevata da H3G, di inammissibilità della domanda avente ad oggetto una penale per illegittimità del recesso, nei seguenti termini.

Sotto il profilo strettamente rituale, ai sensi dell'articolo invocato che vincola la pronuncia alla liquidazione di indennizzi in conseguenza di eventuali inadempimenti contrattuali, le stesse Linee Guida applicative del Regolamento, in un'ottica di favore dell'utente, parte debole del contenzioso, consentono di riqualificare per efficienza ed economia procedimentale, le istanze ogniqualevolta si presentino come inesatte, interpretandole nell'interesse di parte istante e riconducendole, ove ragionevolmente possibile, entro il solco regolamentare tracciato per il riconoscimento dell'indennizzo a riscontro di fattispecie tipiche, come nel caso di specie risulta la disattivazione ( illegittima/non richiesta) di opzione tariffaria.

Nel merito, è evidente *per tabulas* che in un contratto per adesione quale quello per la somministrazione di servizio telefonico, non è prevista una simmetria di penali tra le parti in caso di recesso, ferma la validità del vincolo temporale di fornitura anche per il professionista che può risolvere il contratto in ricorrenza di ipotesi previste dalle stesse condizioni generali; a sanzionare

poi un eventuale inadempimento contrattuale in tal senso, concorrono l'ordinaria tutela in sede civile o quella amministrativa in via alternativa. .

La domanda posta dall'utente è dunque riconducibile, per quel che attiene al presente procedimento, alla fattispecie della cessazione/disattivazione in carenza di presupposti, di cui all'art. 4 comma 2 dell'Allegato A della Delibera 73/11/CONS.

### **Sulla disattivazione del servizio ALL-IN ONE e relativa richiesta di rimborso.**

L'odierno istante lamenta l'illegittima disattivazione, alla data del 16.1.2016, dell'opzione tariffaria esistente sul proprio piano tariffario denominata All-In-One, che prevedeva un vincolo di 30 mesi dall'attivazione, al costo di 20 € mensili.

Il gestore ha eccepito che tale operazione era perfettamente legittima in quanto afferente a rimodulazione unilaterale delle condizioni contrattuali consentite dall'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, nonché in aderenza con l'art. 22.2 c.g.c., e condotta nel rispetto delle tutele codicistiche del preavviso e della facoltà di recesso.

La difesa del gestore non coglie nel segno ed è contraddittoria sotto diversi profili.

Orbene, anche volendo sorvolare sulla circostanza che è la stessa clausola contrattuale invocata dal gestore a qualificare le modifiche contrattuali consentite, salvo recesso, come *“modifiche che comportino un aumento dei corrispettivi dovuti dal Cliente stesso o, comunque, un incremento degli oneri economici previsti a suo carico”*, non si ritiene che la mera disattivazione di un'opzione tariffaria possa essere ascritta alle modifiche contrattuali ex art.70, comma 4 CCE, posto che la contestuale facoltà di recesso dovrebbe in tal caso e pleonasticamente qualificarsi come un recesso gratuito consentito su una disattivazione già programmata e preavvisata; il che implicherebbe che, in caso di mancato esercizio di tale facoltà, la disattivazione decisa in via unilaterale dal gestore si configurerebbe a titolo oneroso relativamente ad eventuali costi di disattivazione, o peggio ancora, a penali che invece sono previste unicamente al verificarsi di condizioni risolutive tassativamente previste dal contratto.

Con tale abnorme significato, dunque, dovrebbe intendersi l'affermazione di controparte: *“secondo il link riportato nel testo del messaggio inoltrato al cliente, il medesimo veniva reso edotto della possibilità di poter disattivare l'opzione autonomamente (rispetto al vincolo contrattuale che l'opzione stessa prevedeva ed alla conseguente applicazione di costi di recesso anticipato), senza applicazione di alcun costo”*; e ancora: *“aveva provveduto a comunicare ... la futura variazione dell'opzione tariffaria e la possibilità di recedere dall'offerta attiva sull'utenza ovvero alla sua disattivazione senza alcun costo (il recesso anticipato avrebbe infatti comportato nel caso de quo un costo di recesso)”*

Ora, delle due, l'una: o con il preavviso l'utente veniva informato che poteva recedere autonomamente e addirittura *“anticipatamente”* rispetto alla disattivazione unilaterale dell'opzione All-In-One, del 16.1.2016, altrimenti sarebbe incorso nell'applicazione della penale da recesso come se fosse ricaduto in una delle ipotesi di recesso anticipato/risoluzione contrattuale di cui all'art. 8 del Regolamento di Servizio ALL-IN-ONE (Recesso, morosità, cessazione di efficacia e risoluzione del contratto); o la facoltà di recesso consentita con il testo dell'SMS riguardava l'intero contratto, cioè il piano tariffario sottostante l'opzione che, a tutto voler concedere, poteva risultare non più gradito all'utente in assenza di opzione All in One; tuttavia anche tale eventualità

non pare sostenibile in ragione di un'offerta, la "Power 10" che, attivata nel febbraio del 2012 con vincolo a 30 mesi, non poteva generare costi nel 2016 ove disdetta; per cui la facoltà di recesso "gratuito" in tale ipotesi risulterebbe inutiliter data.

La stringa del link all'epoca inviato nel testo del messaggio non è attiva ed è quindi preclusa l'indagine sul suo reale contenuto, ma qualunque fosse tra i casi su delineati, si ricadrebbe al di fuori del presidio di tutela informativo e di libertà di scelta offerto al consumatore dall'art.70, comma 4 del CEE , come declinato dal Regolamento Agcom, Allegato A alla delibera n. 519/15/CONS

La disattivazione dell'opzione All-in-One si palesa dunque come illegittima sotto i profili sopra evidenziati e pertanto spetterebbe all'utente l'indennizzo di cui all'art.4, comma 2 Allegato A alla delibera n.73/11/CONS per il periodo di mancata applicazione rispetto alla durata contrattualmente prevista.

Orbene, attesa la doglianza incentrata sull' anticipata cessazione dell'opzione, rispetto al vincolo temporale reciprocamente assunto dalle parti, l'utente avrebbe dovuto provare i termini di decorrenza dell'opzione al fine di quantificare il disagio patito.

Infatti, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936 e Cass. 27 marzo 2013 n. 7748), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

L'utente, sul quale incombeva dunque l'onere di provare la data di sottoscrizione dell'opzione tariffaria ( la mera stipula è pacifica tra le parti), si è limitato ad asserire che l'opzione gli era stata offerta tramite sms che rimandava a un link, che a sua volta prevedeva l'accettazione della tariffa scontata di 10 Euro al mese (...) non fornendo alcuna prova, quantomeno della data di ricezione del citato sms né, in estremo subordine –trattandosi di contratto a distanza- nemmeno semplicemente dichiarandola; anche le schermate della Sezione "Selfcare" di Tre prodotte e relative all'utenza 392xxxx900, nulla aggiungono alla asserita data di disattivazione (anche questa pacifica tra le parti).

Il gestore si limita a provare la data di attivazione dell'utenza con profilo Power 10 nell'anno 2012 e ad ammettere la disattivazione dell'opzione tariffaria All-In-One al 16.1.2016, non incombendo certo alla società resistente l'onere sul contratto.

A fronte di tali lacune deduttive, non risulta pertanto liquidabile alcun importo indennitario in quanto non è determinato, né determinabile, il periodo di mancata applicazione dell'opzione tariffaria ed il correlato disagio dell'utente, quale differenziale tra la data di scadenza naturale dell'offerta ed il periodo di effettiva fruizione della stessa.

La domanda, già di per sé inammissibile sotto il profilo rituale nel senso chiarito in premessa, non è pertanto liquidabile nemmeno sotto il profilo indennizzatorio, nell'interpretazione di favore ad essa data dall'organismo adito in sede di decisione.

Infine, a fronte di analogo onere probatorio incombente sul medesimo utente, nessun costo di attivazione dell'opzione del quale è stato richiesto il rimborso, è stato documentato.

#### **6. Sulle spese di procedura.**

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerata la soccombenza, si ritiene equa la compensazione totale delle spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

### **IL CORECOM LAZIO**

vista la relazione del responsabile del procedimento;

#### **DELIBERA**

1. Rigetta l'istanza del Signor S. Giordano nei confronti della società H3G XXX
2. 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](http://www.agcom.it)).

Roma, lì 20/02/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto