

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

S. GIORDANO/H3G XXX

(LAZIO/D/204/2016)

Registro Corecom n. 05/2017

IL DIRIGENTE

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 15.3.2016 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 l’illegittimità di tre addebiti ricevuti sul credito della propria SIM prepagata quale corrispettivo per il servizio “Ti ho cercato”, divenuto a pagamento dal 1.8.2015, nonché l’evasiva risposta al reclamo.

In particolare rappresentava quanto segue:

- di aver ricevuto alla fine del mese di luglio 2015 un sms da parte di H3g con cui l’operatore comunicava che il servizio “Ti ho cercato” sarebbe divenuto a pagamento dal 1.8.2015;
- di aver diffidato in data 29.7.2015 H3g dal procedere all’addebito di Euro 0,90 mensili per il suddetto servizio, in quanto non aveva richiesto l’attivazione dello stesso, fino ad all’ora erogato in forma gratuita, mentre aveva da poco sottoscritto l’opzione ALL IN ONE, che prevedeva

chiamate ed sms illimitati;

- ritenendo la risposta dell'operatore, con cui si invitava il cliente a disattivare l'opzione "Ti ho cercato", inadeguata ed evasiva, segnalava in data 1.8.2015 il suo disappunto per aver impedito l'operatore di replicare al medesimo reclamo, dopo aver ricevuto tale risposta evasiva.

Alla luce di quanto esposto, l'utente richiedeva:

- il rimborso delle somme addebitate per il servizio "Ti ho cercato";
- il ripristino del servizio a titolo gratuito in quanto la modifica era vessatoria, poiché in palese violazione dell'art.33, comma 2 lett.m) del Codice del Consumo;
- indennizzo per l'evasiva risposta al reclamo;
- eventuali sanzioni per l'impossibilità di replicare al reclamo dopo la risposta evasiva ottenuta.

2. La posizione dell'operatore H3G.

Con memoria difensiva depositata in data 15.4.2016, l'operatore ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità della richiesta di "ripristino del servizio a titolo gratuito" e di "eventuali sanzioni per l'impossibilità a replicare al reclamo dopo la loro risposta evasiva in quanto estranee alla competenza decisionale del Corecom ex art.19, comma 4.

Nel merito deduceva che il servizio "Ti ho cercato" è un servizio accessorio non compreso nell'offerta base del piano tariffario sottoscritto dal cliente, e che lo stesso, fino al luglio 2015, veniva reso gratuitamente e solo successivamente diventava a pagamento prevedendo un costo di Euro 90cent/mese, da addebitarsi solo al momento della ricezione del primo sms di notifica, a copertura dell'utilizzo del servizio fino alla fine del mese solare.

Precisava inoltre, che, come esaustivamente illustrato sul sito istituzionale, all'assistenza clienti, tale servizio può sempre essere disattivato, come pure riattivato.

Precisava che, prima che il servizio divenisse a pagamento, erano state inviate al cliente due comunicazioni che lo informavano prontamente sia della variazione relativa al nuovo costo, sia della possibilità di disattivazione gratuita, sia del rinnovo mensile del servizio accessorio. Allegava sul punto le schermate di sistema degli sms informativi del 22.4.2015 e del 28.07.2015.

Infatti, nel mese di aprile 2015, al fine di informare i clienti della variazione delle condizioni di utilizzo del servizio accessorio, si provvedeva all'invio massivo di SMS di preavviso sulla modifica imminente e sulla possibilità di disattivazione del servizio.

In particolare per il servizio "Ti ho cercato" il 28.7.2015 era stato inviato al cliente un sms di *remind*, con il quale si ricordava che dal 1.8 il servizio sulle chiamate perse sarebbe costato 90cent/mese iva inclusa, con link alla pagina internet per le info sulla disattivazione senza costi.

Non avendo, dunque, l'utente richiesto la disattivazione, nonostante le molteplici comunicazioni, gli addebiti erano stati effettuati in modo del tutto legittimo.

In conclusione, stante la consapevolezza di poter evitare ogni addebito indesiderato mediante disattivazione, l'utente non ha facoltà di imporre alcunché al gestore, nell'ambito delle proprie scelte commerciali, come quella di rendere a pagamento un servizio accessorio non facente parte del piano tariffario e perciò non ascrivibile alla fattispecie delle modifiche unilaterali del

contratto; se pure così fosse, peraltro, la condotta sarebbe pienamente conforme all'art.22 delle c.g.c e all'art.70, comma 4 del D.Lgs. n.259/03 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche).

Precisava inoltre che per l'utilizzo del servizio "Ti ho cercato", dal mese di agosto 2015 al mese di marzo 2016, è stato addebitato sulla sim del cliente un importo complessivo di Euro 6,30 e che nessun ulteriore addebito, relativo al predetto servizio, è presente sull'utenza del cliente. Allegava sul punto le schermate di sistema sul traffico prodotto.

Quanto all'indennizzo per l'evasiva risposta al reclamo, precisava che ha fornito un puntuale e tempestivo riscontro ai due reclami del 29.7.2015 e del 1.8.2015, rispettivamente con mail del 30.07.2015 e del 1.8.2015, come si evince dalla schermate di sistema prodotte.

Richiedeva pertanto il rigetto dell'istanza.

3. La replica dell'utente

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

Quanto alle inammissibilità eccepite, precisava che oggetto della domanda non era un *facere* della controparte ma l'accertamento dell'illegittimità della condotta, con riconoscimento della nullità della variazione unilaterale effettuata, perché contraria all'art.33, comma 2 lett.m. del Codice del Consumo, oltreché sprovvista di preavviso, considerato che l'SMS del 22.4.2015, oltre ad esser generico, rinviava ad un link a pagamento "per info disattivazioni" e indicava una data (il 24.5.2015) in cui sarebbe dovuta avvenire la variazione del servizio, che poi tra l'altro non è stata rispettata dall'operatore, mentre l'SMS del 28.7.2015 non rispettava il preavviso di 30 giorni di cui all'art.70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni elettroniche.

Quanto alle sanzioni richieste, si riservava di rivolgersi nelle sedi opportune.

Contestava l'impostazione giuridica offerta da controparte che la legittimità dei costi addebitati si fondasse sul mancato esercizio da parte dell'utente del diritto di recesso, quando il vero punto era piuttosto la contrarietà della variazione unilaterale quale palese violazione del citato art.33 del Codice del Consumo, che la ammetteva esclusivamente in presenza di un giustificato motivo.

Seguono poi considerazioni inconferenti con gli atti e i fatti di causa e irrilevanti per la decisione, che per economia procedimentale si omettono.

4. Inammissibilità delle repliche successive

La replica del gestore, depositata successivamente alle repliche dell'utente, è inammissibile e stralciata al pari delle replica successiva dell'utente.

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.

Vengono accolte le eccezioni di inammissibilità del gestore perché fondate come di seguito specificato.

La domanda dell'utente di ripristino del servizio a titolo gratuito è estranea alla cognizione del Corecom, così come definita dall'art. 19, c. 4 del Regolamento ex Delibera n. 173/07/CONS e s.m. e dalla Del. 276/13/CONS (Linee Guida), non essendo l'Autorità adita competente a pronunciarsi con provvedimenti contenenti obblighi di *facere*, quanto piuttosto limitata al mero accertamento di un avvenuto inadempimento ed eventuale condanna al ristoro del pregiudizio subito.

Non è altresì ammissibile, la richiesta dell'utente di sanzionare la condotta del gestore (quale essa sia) in quanto espressione di un potere attribuito normativamente all'Autorità e rientrante nell'ambito delle funzioni istituzionali di controllo attribuite alle singole Autorità di regolazione (AGCOM, Antitrust, Energia etc.), titolarmente e funzionalmente distinto dalla competenza sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie oggetto di delega territoriale ai Corecom.

Nel merito.

Sulla restituzione delle somme addebitate per il servizio "Ti ho cercato".

L'odierno istante lamenta n. 3 addebiti mensili per il servizio "Ti ho cercato", divenuto a pagamento dal 1.8.2015, deducendo l'illegittimità della condotta del gestore perché contraria alle prescrizioni del Codice del Consumo (art. 33, comma 2 lett. m).

L'impostazione data alla controversia dall'utente non coglie il punto di diritto.

La prospettazione offerta infatti, pare investire 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, quando ormai da anni vi è consolidata giurisprudenza che avalla pienamente la facoltà dei professionisti (non solo di TLC) al legittimo esercizio del c.d. *jus variandi*, benché presidiato dal puntuale rispetto di obblighi informativi e modalità dell'esercizio del diritto di recesso, a tutela del contraente debole.

Ritenuto preliminarmente da questo organo giudicante che l'operazione avviata da H3G in merito al servizio "Ti ho cercato" a pagamento, possa essere ragionevolmente ascritta alla fattispecie delle modifiche unilaterali del contratto così come individuata ai sensi degli artt. 70 e 71 del D.Lgs 1.8.2003, n.259 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche), a differenza di quanto sostenuto dallo stesso gestore nella difesa al presente procedimento, si precisa quanto segue.

L'art. 33, comma 2, lettera m) del Codice del Consumo prevede 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*".

Richiamato quanto in premessa, si prende atto che la modifica posta in essere sia riconducibile all'alveo contrattuale tracciato dall'art. 22 delle c.g.c., specie i punti 1 e 2, (ipotesi contemplata, in subordine, dalla stessa H3G resistente) laddove stabilisce che: "... si riserva la facoltà di modificare ..., nonché di proporre modifiche ai Piani Tariffari, dandone comunicazione al Cliente, a propria scelta, mediante raccomandata a.r., posta ordinaria e posta prioritaria, SMS, MMS, e mail ... 2. 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 o 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. **3.** Le modifiche introdotte verranno, altresì, comunicate al Cliente con un mese di preavviso attraverso le modalità stabilite dal successivo articolo 24 e saranno illustrate e rese note nel sito web www.tre.it anche attraverso la pubblicazione dei relativi documenti nella versione vigente".

Orbene, 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, in quanto la stessa non pare 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 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, nonché un canone mensile adeguato all'accessorietà del servizio.

Ciò premesso sulla legittimità dello *ius variandi*, la condotta del gestore va esaminata alla luce di tutt'altro profilo normativo, anch'esso di rango primario, quale il richiamato articolato disposto dagli artt. 70 e 71 del Codice delle Comunicazioni elettroniche e, in particolare il comma 4 dell'art.70 che così recita: "*Gli abbonati hanno il diritto 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.*"

Orbene, al fine della conferma della fattispecie giuridica alla quale ascrivere il caso materiale oggetto della presente disamina e trarre le necessarie valutazioni, pare imprescindibile il richiamo alla ordinanza/ingiunzione di sanzione assunta dall'Autorità nei confronti di H3g con delibera 627/15/CONS.

Dall'istruttoria condotta è emerso infatti che il gestore ha intrapreso una campagna di informazione massiva alla clientela, tramite SMS, tra aprile e maggio 2015, che la informava che dal 24/5 in poi, cambiavano le condizioni di alcuni servizi e funzionalità (mms, chiamate internazionali, segreteria tel e ti ho cercato), senza tuttavia fornire un'informazione completa sugli effettivi costi applicati e sulle modalità di esercizio del diritto di recesso e le procedure di disattivazione dei servizi interessati. In particolare veniva rilevata l'omissione sia nell'SMS che sull' *orphan page* del sito aziendale, delle informazioni attinenti al diritto di recesso ed ai connessi termini e modalità per esercitarlo, non essendo sufficienti le indicazioni circa le procedure di disattivazione fornite, tramite IVR e successivo SMS, solo ai clienti che ne avevano fatto richiesta.

Quanto poi alla contestazione del gestore circa la non applicabilità dell'art.70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni elettroniche della manovra tariffaria in questione, in quanto non riguardante il contratto principale ma solo i servizi accessori, eccezione riproposta anche nel presente procedimento di definizione, l'Autorità ha confermato la piena applicabilità del precetto codicistico anche ai servizi ancillari, quale quello che qui ci interessa del "ti ho cercato".

Più in generale, è emersa dunque dal procedimento una scarsa trasparenza delle informazioni fornite alla clientela in occasione della campagna di rimodulazione in parola, posta in essere mediante una condotta non idonea ad evitare che la clientela fosse raggiunta da addebiti indesiderati.

Calando doverosamente le illustrate enunciazioni di principio sul caso concreto sottoposto dall'utente al procedimento di definizione, e raffrontando pertanto la condotta tenuta dal gestore alle previsioni del comma 4 dell'art.70, emerge quanto segue.

Il gestore ha fornito prova, mediante schermate di sistema, che sull'utenza de qua sono stati inviati e ricevuti 2 SMS di avviso della rimodulazione tariffaria in data 22.4.2015 e 28.7.2015.

Mentre il primo avviso, come risulta anche dall'istruttoria del procedimento sanzionatorio, aveva contenuto unitario e generico riferito ad una pluralità di condizioni modificande, il secondo del 28.7.2015, risulta specifico, con l'indicazione del canone mensile frutto della modifica tariffaria al servizio accessorio "Ti ho cercato", operativa dal 1.8.2015. Tuttavia risulta intempestivo rispetto al termine di preavviso codicistico e comunque incompleto nelle informazioni sul recesso e sulle modalità di disattivazione, secondo le valutazioni dell'Autorità.

Stante pertanto l'inadeguatezza dell'avviso/i all'utente circa la modifica contrattuale unilaterale del contratto (con riferimento al servizio accessorio "ti ho cercato") rispetto all'art.70 comma 4 del Codice Com. El. sia sotto il profilo temporale che sotto quello della completezza informativa - attese anche le valutazioni dell'Autorità -, l'utente non è stato messo nelle condizioni di recedere/disattivare consapevolmente dall'opzione ed evitare così addebiti indesiderati, che in quanto tali devono essere rimborsati.

Spetta pertanto all'utente il rimborso di euro 6,30, come si evince dalle schermate di sistema prodotte in atti dal gestore.

6. Sulla evasiva risposta al reclamo.

Risultano in atti due reclami dell'utente sulla pagina "3 mi risponde" inoltrati rispettivamente il 29.7.2015 e il 1.8.2015: con il primo l'utente diffidava H3g ad addebitare sulla propria SIM la

somma di Euro 0,90 mensili per il servizio “Ti ho cercato”, mentre con il secondo contestava la risposta dell’operatore al primo reclamo in quanto evasiva e che aveva dovuto aspettare ben 36 ore per replicare alla risposta dell’operatore.

Considerando che il secondo reclamo non è configurabile tale ai sensi degli artt. 8, comma 4 e 11, comma 2 della delibera 179/03/CSP in quanto non riferito ad un disservizio o una prestazione contrattuale (inammissibilità del reclamo sul reclamo), l’operatore ha evaso adeguatamente la richiesta dell’utente. Infatti indicava allo stesso le modalità per disattivare il servizio “Ti ho cercato” con link alla pagina internet per le info sulla disattivazione senza costi, al fine di consentire all’utente di evitare addebiti indesiderati, il che risponde esattamente alla formulazione del reclamo proposto.

La richiesta di indennizzo per l’evasiva risposta al reclamo non può essere accolta.

7. 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, considerato il modico valore della controversia e le modalità di redazione degli atti ai sensi dell’art.16, 2bis del Regolamento e delle Linee Guida ex delibera 273/13/CONS, si ritiene equa la compensazione totale delle spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l’art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l’importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l’istanza del sig. S. Giordano nei confronti della società H3G XXX.
2. La H3G XXX è tenuta a pagare in favore dell’istante il seguente importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data del pagamento:
 - Euro 6,30 = (sei/30) a titolo di rimborso delle somme indebitamente prelevate.
4. La H3G XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l’avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l’utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell’eventuale ulteriore danno subito.

7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 01/03/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto