

Delibera n. 127/11/CIR
Definizione della controversia
Bilello/H3g S.p.a.
(gu14/234/09)

l'Autorita'

NELLA sua riunione della Commissione per le Infrastrutture e le reti del 12 ottobre 2011

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*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, "*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 a), n. 14;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 316/02/CONS, del 9 ottobre 2002, ed il relativo Allegato A, recante "*Adozione del nuovo regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 173/07/CONS, del 22 maggio 2007, recante "*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti*", e successive modifiche ed integrazioni, ed il relativo Allegato A;

VISTA l'istanza del 12 febbraio 2009 (Prot. n. 0011181), con la quale il Sig. Bilello, rappresentato e difeso dall'avv. Salvato, ha chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione della controversia in essere con la società H3G S.p.A.;

VISTA la nota del 26 marzo 2009 (Prot. n. 24998), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento allegato alla delibera n. 173/07/CONS, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della questione in data 15 ottobre 2009, rinviata con nota protocollo 77816 del 9 ottobre 2009 al 4 febbraio 2010;

UDITE le parti, nel corso dell'udienza di discussione del 4 febbraio 2010;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria

CONSIDERATO quanto segue:

.I Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

Il Sig. Bilello, intestatario delle utenze mobili nn. 3935936xxx, 3921083yyy e 3487521zzz contesta la disattivazione delle citate utenze.

In particolare, dall'istanza introduttiva del procedimento è emerso che a far data dal 20 luglio 2007 la società H3G S.p.A. procedeva, senza alcun preavviso, alla disattivazione delle schede USIM corrispondenti ai suddetti numeri di utenza a causa della mancata effettuazione di un'operazione di ricarica nei dodici mesi antecedenti la data di disattivazione. L'istante opponeva l'illegittimità della condotta assunta dall'operatore sotto il profilo del mancato preavviso tenuto conto, altresì, che il gestore telefonico, contravvenendo agli impegni contrattualmente assunti, non aveva sospeso il servizio telefonico in uscita per il tredicesimo mese, impedendogli in tal modo di accorgersi dell'imminente disattivazione delle USIM.

L'utente, in relazione a tanto, il 3 agosto 2007 inoltrava reclamo scritto alla compagnia telefonica che, in data 12 agosto 2007, oltre alla riattivazione del servizio sulle numerazioni di cui sopra provvedeva a riconoscere il credito residuo con esclusione di quello derivante da bonus accumulati per un importo, rispettivamente, di euro 1.713,82 sulla numerazione 3935936xxx, euro 1.555,19 sulla numerazione 3921083yyy e euro 691,29 in riferimento all'utenza 3487521zzz.

Il Sig. Bilello, a mezzo del suo avvocato, in data 21 luglio 2008 ha eccepito alla società H3G S.p.A. che, oltre al credito derivante da ricarica per operazioni di pagamento, avrebbe dovuto riconoscergli anche il credito residuo derivante da operazioni di autoricarica. Non avendo l'operatore dato riscontro a questa specifica richiesta, l'istante, esperito inutilmente il tentativo obbligatorio di conciliazione in data 24 settembre 2008 dinanzi alla C.C.I.A. di Agrigento, si rivolgeva a questa Autorità lamentando il mancato rispetto della normativa di settore da parte della società H3G S.p.A. al fine di ottenere:

- a) la restituzione, mediante accredito, del credito residuo maturato a titolo di bonus da autoricarica, sulle utenze 3935936xxx, 3921083yyy e 3487521zzz, rispettivamente di euro 1.713,82, euro 1.555,19 ed euro 691,29, per un totale di euro 3.960,30;
- b) gli indennizzi relativi alla interruzione delle predette utenze dal 20 luglio 2007 al 12 agosto 2007, per un totale di 23 giorni, per una somma complessiva di euro 414,00;
- c) il rimborso delle spese di procedura.

La società H3G S.p.A. in sede di audizione ha dichiarato di aver gestito correttamente il cliente.

.II Motivi della decisione.

La vicenda oggetto della presente disamina si incentra su due rilievi relativi alla condotta assunta dall'operatore nel caso di specie: 1) l'illegittima disattivazione delle USIM, 2) la mancata restituzione del credito residuo maturato a titolo di bonus da autoricarica.

Con riferimento al primo dei profili evidenziati, giova richiamare l'articolo 5.4 delle Condizioni Generali di Abbonamento applicabili al caso di specie che prevedono *“in caso di servizi prepagati, 3 fornirà al cliente i relativi servizi per un periodo di dodici mesi decorrenti dal giorno di attivazione della Card o dall'ultima operazione di pagamento (ricarica).”* La predetta disposizione, pertanto, fissa un termine entro il quale l'operatore telefonico è tenuto a garantire l'erogazione dei servizi telefonici al titolare dell'utenza e, contestualmente, individua come *dies a quo* la data di attivazione della scheda, ovvero l'ultima operazione di ricarica. Il medesimo articolo 5.4, tuttavia, stabilisce che l'operatore, dopo aver appurato la mancata ricarica della sim nei termini di cui sopra, assicura al cliente *“un ulteriore mese durante il quale la carta USIM sarà abilitata soltanto alla ricezione dei servizi gratuiti”*. Conformemente all'orientamento espresso più volte da questa Autorità, risulta di palmare evidenza che un simile meccanismo non può che avere la funzione di allertare l'utente, con un congruo preavviso, dell'imminente scadenza del periodo di validità del servizio, offrendogli, quindi, la possibilità di evitare una simile evenienza. Nel contratto di specie, in cui il meccanismo di autoricarica rende possibile ottenere credito telefonico in misura tale da rendere inutile effettuare ricariche tramite *“operazioni di pagamento”* la citata disposizione contrattuale risulta essere un sistema di allerta particolarmente opportuno. Infatti, stante la prescrizione che prevede un mese di sospensione dei servizi a pagamento prima della completa disattivazione della USIM, può considerarsi legittimo l'affidamento del cliente che, non avendo riscontrato una simile interruzione del servizio, non ha ritenuto di verificare la data dell'ultima ricarica utile ad evitare il decorso del termine per la disattivazione dell'utenza. D'altronde va tenuto presente che l'operatore non ha preavvisato il cliente dell'imminente disattivazione neanche attraverso modalità alternative, né ha addotto nel corso dell'istruttoria alcuna giustificazione in ordine all'assenza di informativa sollevata dalla parte istante.

La condotta dell'operatore si pone pertanto in contrasto con l'articolo 3, comma 4, della delibera 179/03/CSP, secondo cui *“Gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.”*

Per quanto concerne, invece, il profilo di cui al punto 2), si evidenzia che il piano tariffario sottoscritto dall'utente, denominato *“Super Tua Più”* non prevedeva alcuna limitazione in ordine al meccanismo di autoricarica, né il regolamento contrattuale prevedeva limitazioni circa l'utilizzazione del credito residuo accumulato

ovvero distinzioni tra credito derivante da traffico acquistato e credito derivante da meccanismi di autoricarica.

Nel caso di specie, disconoscendo il credito da autoricarica, risulterebbe altresì sperequato il sinallagma contrattuale lì dove, a fronte del vantaggio che l'operatore ricava dal rapporto contrattuale -beneficiando del traffico generato dal cliente, in particolare sotto il profilo della remunerazione per la terminazione del traffico in entrata- rimarrebbe liberato dai correlativi oneri, riservando per sé le sole utilità del contratto.

Un ulteriore elemento dirimente ai fini della soluzione della problematica inerente la restituzione del credito maturato mediante meccanismi di autoricarica e messo in scadenza dall'operatore, è la valutazione della condotta dell'utente al fine di stabilire se lo stesso abbia fatto un utilizzo del servizio telefonico pienamente conforme al regolamento contrattuale ed alla causa del contratto di abbonamento telefonico.

A ben considerare, difatti, non si può ritenere che la mancanza di un tetto massimo di autoricarica mensile nella formula del piano tariffario "*Super Tua Più*" equivalesse a legittimare qualsiasi forma di uso (o abuso) dell'utenza telefonica, a prescindere dalla naturale funzione economico-sociale del contratto, che consiste nello scambio tra un servizio di comunicazione interpersonale ed un corrispettivo, e non nell'autoricarica. Una simile affermazione, infatti, lascerebbe supporre che l'assenza di un idoneo controllo legittimi qualsiasi comportamento, in spregio a quanto prescritto dal combinato disposto degli articoli 1337, 1175 e 1375 del codice civile. In proposito, l'obbligo di attenersi al rispetto della buona fede, fondato sul dovere di solidarietà di cui all'articolo 2 della Carta costituzionale, impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. Nel caso in esame, tra l'altro, l'utente sottoscrivendo le Condizioni Generali di contratto aveva anche assunto impegni contrattuali che ponevano limiti espressi all'utilizzazione del servizio: l'articolo 12.3 delle Condizioni generali applicabili, infatti, stabiliva che "*Il cliente si impegna a non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i Servizi per scopo di lucro, anche indiretto*", mentre i successivi articoli 18 e 20 implicavano un divieto più generico di "*ogni altro caso di uso improprio o illegittimo del servizio*", prevedendo la facoltà del gestore di sospendere o risolvere il contratto.

Del resto non vi è alcuno spazio per ritenere che il piano tariffario, per quanto contraddistinto da un'accattivante logica di autoricarica, potesse essere usato come strumento di accumulo di denaro tramite la sola ricezione ininterrotta di traffico voce o dati. Il messaggio pubblicitario relativo al piano tariffario "*Super tua Più*" originariamente diffuso, peraltro, implicava chiaramente un uso bidirezionale dell'utenza, naturalmente anche solo potenziale. La locuzione "parlare praticamente gratis" utilizzata dal gestore, infatti, presupponeva con tutta evidenza un'attività di traffico in uscita, tant'è che la promessa di gratuità fu giudicata ingannevole dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (provvedimento n. 16010 del 27 settembre 2006) anche perché vi erano una serie di oneri che riducevano "*notevolmente*

la possibilità per il cliente di riuscire a compensare il costo del traffico in uscita con quello in entrata” (per esempio lo scatto alla risposta).

Alla luce di tali affermazioni, pertanto, ed in applicazione delle norme contrattuali citate, è necessario valutare se nel periodo di riferimento vi siano stati episodi di utilizzo del servizio da parte dell'utente non conformi alla causa dell'accordo sottoscritto, vale a dire alla sua funzione economico-sociale, secondo un'interpretazione di buona fede dell'offerta commerciale nel suo complesso, così come pubblicizzata dal gestore. Deve ritenersi, difatti, che l'istante abbia diritto esclusivamente al riconoscimento di un importo di credito che sia compatibile con il regolamento pattizio e con l'economia del relativo contratto, improntati ad un canone di “uso normale” e ragionevole del servizio.

Rileva, a tal fine, al di là delle abitudini nell'uso dei servizi descritte dall'utente, anche il contegno dell'operatore successivo alla stipula che, come illustrato, non ha per lungo tempo azionato le clausole pattizie che gli avrebbero permesso di tutelarsi, lasciando che l'istante accumulasse credito. Sotto quest'ultimo profilo, inoltre, importa richiamare l'articolo 1370 del codice civile che impone al contraente che predispone le Condizioni generali di contratto di risolvere le ambiguità del testo, ivi compresa, nel caso specifico, quella connessa al richiamo del solo generico divieto di perseguire uno scopo di lucro, privo di qualsivoglia riferimento a soglie massime di utilizzazione e a scadenze predeterminate.

Nella specifica vicenda, pertanto, il parametro da applicare ai fini di una concreta ed equa determinazione dell'ammontare del credito da autoricarica da corrispondere all'utente risiede nella valutazione delle condotte poste in essere dalle parti contrattuali in relazione all'uso normale del servizio telefonico da parte del cliente medio residenziale, avuto riguardo alla naturale funzione di quest'ultimo, consistente nella comunicazione interpersonale.

Si tratta di un criterio che, oltre ad essere usualmente adoperato per valutare la consistenza delle condotte di abuso del diritto (*ex multiis*, Cass. 15.04.2004, n. 7169; Cass. 8.6.1991, n. 6896), è suggerito dalle stesse Condizioni Generali di Contratto che, in diverse disposizioni, lo considerano il parametro al quale si ancorano alcune conseguenze contrattuali.

Nella fattispecie in oggetto deve rilevarsi che, sulla base di un'attenta valutazione e disamina delle informazioni acquisite al fascicolo, deve escludersi un utilizzo dell'utenza telefonica in modalità non adeguata ad un “uso normale” tale da giustificare l'operazione di messa in scadenza del credito autoricaricato. Gli importi di autoricarica accumulati dall'istante, infatti, sono stati maturati in un periodo abbastanza lungo e risultano decisamente non significativi ai fini dell'eventuale uso anomalo dell'utenza, se rapportati alle logiche di autoricarica applicate (0,04 euro per ogni sms ricevuto *off net* e 0,010 euro per ogni minuto di traffico ricevuto *off net*), nel senso che gli stessi equivalgono alla ricezione di una quantità di traffico o dati compatibile con un uso normale e ragionevole dell'utenza.

A supporto dell'assunto di cui sopra si consideri che, il criterio dell'uso normale del servizio, può essere individuato per l'utenza interessata dall'operazione di messa in scadenza del credito conformemente ai parametri già utilizzati da questa Autorità nella delibera n. 11/09/CIR e seguenti, ovvero in 6 ore giornaliere di traffico in sola ricezione, pari ad euro 1.080,00 di autoricarica mensile.

Tale parametro tiene conto: a) delle caratteristiche molto accattivanti dell'offerta, contraddistinta da una logica di autoricarica che non prevedeva alcun limite mensile; b) delle molteplici e svariate attività che impegnano la vita quotidiana di qualsiasi utente, ulteriori rispetto all'utilizzo dei servizi di comunicazione interpersonale; b) della ragionevole presunzione che l'uso dei servizi sia interrotto, oltre che da più pause giornaliere, per almeno sette ore al giorno.

Applicando la soglia di 1.080,00 euro mensili, emerge con evidenza che tale soglia non è stata superata dall'istante il quale:

- in riferimento all'utenza n. 3935936xxx, nel corso di un periodo certamente superiore ad un mese, ha accumulato 1.713,82 euro di credito da autoricarica a partire dal 1 marzo 2005 (data di attivazione) al 20 luglio 2007 (data di disattivazione);
- in riferimento all'utenza n. 3921083yyy, nel corso di un periodo certamente superiore ad un mese, ha accumulato 1.555,19 euro di credito da autoricarica a partire dal 19 giugno 2005 (data di attivazione) al 20 luglio 2007 (data di disattivazione);
- in riferimento all'utenza n. 3487521zzz, nel corso di un periodo certamente superiore ad un mese, ha accumulato 691,29 euro di credito da autoricarica a partire dal 7 ottobre 2005 (data di attivazione) al 20 luglio 2007 (data di disattivazione).

Alla luce di tali affermazioni, pertanto, ed in applicazione delle norme contrattuali citate, si ritiene che nel periodo in contestazione l'utilizzo del servizio sia stato conforme alla causa dell'accordo sottoscritto, vale a dire alla sua funzione economico-sociale, secondo un'interpretazione di buona fede dell'offerta commerciale nel suo complesso.

CONSIDERATO, per quanto precede, che la domanda proposta dall'istante sia integralmente da accogliere, con affermazione del diritto dello stesso:

- al ripristino della situazione quo ante, mediante riconoscimento dell'intero credito residuo vantato al momento della disattivazione delle utenze in parola pari, rispettivamente, ad euro 1.713,82 sulla numerazione 3935936xxx, euro 1.555,19 sulla numerazione 3921083yyy e euro 691,29 sulla numerazione 3487521zzz;
- al riconoscimento di un equo indennizzo per l'illegittima interruzione del servizio, calcolato secondo il parametro ordinario previsto dalle Condizioni Generali di Contratto e dalla Carta dei servizi di H3G S.p.A. (6 euro pro die) per ciascun giorno di interruzione, per ciascuna delle tre linee, avendo come

riferimento il periodo intercorrente tra la data di cessazione delle USIM (20 luglio 2007) e la data di ripristino delle stesse (12 agosto 2007).

RITENUTO che, per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di euro 50,00, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, della delibera n. 173/07/CONS, considerato che l'istante, come sopra rappresentato, ha partecipato all'udienza innanzi a questa Autorità in audioconferenza;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Roberto Napoli, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

La società H3G S.p.A., in accoglimento dell'istanza formulata dal Sig. Bilello in data 12 febbraio 2009, è tenuta:

- i) ad accreditare sull'utenza n. 39359367xxx euro 1.713,82, sulla numerazione n. 3921083zzz euro 1.555,19 e sulla numerazione n. 3487521yyy euro 691,29, sotto forma di bonus di traffico non monetizzabile;
- ii) a corrispondere all'utente, a titolo di indennizzo per l'illegittima interruzione del servizio, la somma di euro 396,00, computata secondo i parametri esposti in motivazione, ovvero 6 euro *pro die* per ciascun giorno di interruzione, per ciascuna utenza, avendo come riferimento il periodo intercorrente tra la data di cessazione delle USIM (20 luglio 2007) e la data di ripristino delle stesse (12 agosto 2007);
- iii) a corrispondere all'istante, mediante assegno bancario, la somma di euro 50,00, quale rimborso delle spese sostenute dall'utente medesimo per l'esperimento del tentativo di conciliazione e per lo svolgimento della presente procedura.

Le sole somme determinate a titolo di indennizzo e/o rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

2. La Società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 3, del Regolamento di cui alla delibera n. 173/07/CONS, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità www.agcom.it.

Napoli, 12 ottobre 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola