

DELIBERA N. 4/11/CIR

Definizione delle controversie riunite ai sensi dell'articolo 18, comma 4, del regolamento tra l'operatore H3G S.p.A. e gli utenti Ciferri (1046/08/gu14/fm) e Stimilli (1487/08/gu14/fm)

L'AUTORITA',

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti del 20 gennaio 2011;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14;

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";

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

VISTA la delibera n.173/07/CONS "Adozione del regolamento per la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti" e successive modificazioni e integrazioni (più avanti il Regolamento), ed in particolare il suo articolo 18, comma 4;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTE le istanze con le quali gli utenti Ciferri (Prot. 43910 del 17 luglio 2008) e Stimilli (Prot. 72798 del 18 novembre 2008) hanno chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione delle controversie in essere con la società H3G S.p.A.;

VISTE le note di avvio dei relativi procedimenti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento (Prott. Nn. 73846 e 73890 del 21 novembre 2008) con le quali la Direzione

tutela dei consumatori ha convocato i predetti utenti alla medesima udienza di discussione del 15 dicembre 2008, *“anche al fine di disporre la riunione del procedimento con altri pendenti aventi ad oggetto controversie omogenee”*, ai sensi dell’articolo 18, comma 4, della delibera n.173/07/CONS;

UDITE le parti nella predetta udienza del 15 dicembre 2008, nel corso della quale il responsabile dei due procedimenti citati, contraddistinti dai numeri 1046 e 1487, ne ha disposto la riunione sentite le parti stesse, in applicazione dell’articolo 18, comma 4, del Regolamento;

RITENUTA l’opportunità di confermare tale riunione anche nel presente provvedimento di definizione, in applicazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa, stanti l’identità delle questioni esaminate e la completezza dell’istruttoria per ognuna delle controversie;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto delle controversie e risultanze istruttorie

Gli istanti, clienti del gestore H3G S.p.A. (sig. Ciferri utenza n. xxxx e Stimilli utenza n. yyyy) hanno lamentato, in sintesi, il mancato rispetto della normativa di settore da parte del gestore in occasione della cosiddetta operazione di “messa in scadenza” del credito da autoricarica per il piano SuperTuaPiù, annunciata con un SMS del 4-5 ottobre 2007 che avvisava gli utenti che il credito da autoricarica maturato fino a tutto il 2006 sarebbe scaduto il 31 dicembre 2007.

In particolare, gli utenti, con argomentazioni identiche, hanno lamentato il mancato rispetto delle disposizioni di cui all’articolo 70, comma 4, CCE e di quelle in materia di clausole vessatorie, nonché la illegittimità di una modifica retroattiva delle condizioni economiche del contratto (poiché l’autoricarica del piano in questione originariamente non aveva scadenza). Inoltre, gli istanti hanno invocato le norme di cui alla delibera 7/02/CIR e il ritardo nell’adeguamento della contrattualistica alla legge Bersani, per non avere H3G S.p.A. differenziato nel corso del rapporto gli importi di credito “acquistati” tramite ricarica da quelli invece maturati con meccanismi di autoricarica.

Da ciò deriverebbe, nella ricostruzione degli utenti, l’equiparazione tra le due tipologie di credito, con la conseguenza che – viste le disposizioni della legge Bersani in tema di restituzione e portabilità del credito residuo “acquistato” – anche il credito da autoricarica sarebbe monetizzabile o portabile fra gli operatori.

Su questa linea gli utenti hanno formulato le proprie domande, chiedendo, come da istanza e verbale di udienza, un indennizzo per quanto avvenuto (cioè per essere stati “costretti” a consumare velocemente gran parte del credito da autoricarica, cioè nell’arco dei tre mesi intercorrenti tra il 4 ottobre, data dell’invio dell’SMS che avvisava della scadenza, al 31 dicembre 2007, data della effettiva scadenza del credito) oltre all’indennizzo da mancata risposta al reclamo inviato da ciascuno di essi al gestore una volta avuta notizia dell’imminente scadenza del credito e alle spese di procedura.

H3G S.p.A. in udienza, contestando il contenuto delle istanze, ha in primo luogo spiegato che l’operazione di “messa in scadenza” del credito aveva riguardato soltanto alcuni clienti (tra cui evidentemente gli istanti), vale a dire quelli che avevano profili tariffari non più sottoscrivibili e che avevano maturato un alto credito autoricaricato. Il gestore, più in particolare, ha allegato tabelle riassuntive delle somme di autoricarica maturate mensilmente da ognuno dei ricorrenti, per dimostrare, in sostanza, che la “messa in scadenza” del credito era derivata da un uso non normale del servizio di utenza telefonica, che aveva generato un credito autoricaricato molto elevato (dovuto, dunque, ad una significativa quantità di traffico in ricezione su ciascuna delle utenze), che poteva celare comportamenti non conformi all’articolo 12.3 delle Condizioni Generali di Contratto, secondo cui *“Il Cliente si impegna a non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i Servizi per scopo di lucro, anche indiretto. Salvo diversa previsione, i Servizi sono usufruibili esclusivamente a titolo personale e privato (...)”*. H3G S.p.A. ha inoltre specificato di aver verificato che all’elevatissimo accumulo di credito faceva riscontro una sostanziale inattività dei clienti al consumo di traffico. Infine la società, rispetto alla lamentata mancata risposta ai reclami, ha affermato di aver contattato telefonicamente i vari utenti, per offrire loro soluzioni di *caring*.

II. Motivi della decisione

Per inquadrare esattamente la condotta del gestore H3G S.p.A. denunciata dagli utenti, si deve innanzitutto ricordare che l’operazione di messa in scadenza di una parte dell’autoricarica maturata con il piano SuperTuaPiù, già nota a quest’Autorità, ha riguardato una percentuale marginale del numero di sottoscrittori di detto piano e, pur avendo in sostanza integrato una novità per chi ne è stato interessato, non è da ricondurre alla fattispecie della modifica delle condizioni contrattuali di cui all’articolo 70, comma 4, CCE, bensì alla disciplina ed alla esecuzione del singolo rapporto utente/gestore. In effetti, come dichiarato da H3G S.p.A., tale misura è stata posta in essere quale mezzo di tutela nei confronti di quei clienti che l’operatore ha ritenuto avessero utilizzato il servizio in maniera non conforme alle condizioni contrattuali.

Questa Autorità ha già ampiamente affrontato (nella delibera 11/09/CIR, che qui si richiama con le precisazioni che seguiranno, nonché nelle successive delibere relative alla medesima operazione di “messa in scadenza” del credito del 4-5 ottobre 2007) la questione della maturazione da parte degli utenti di ingenti somme mensili di autoricarica sul piano SuperTuaPiù e della conseguente forma di “autotutela” prescelta dal gestore H3G S.p.A..

Nella delibera citata, pur ritenendo l’inidoneità contrattuale e la carenza di trasparenza della misura posta in essere dal gestore, l’Autorità ha chiarito la “corresponsabilità” di entrambe le parti nell’alterazione della causa del rapporto, che si verifica qualora l’utente, traendo vantaggio dall’assenza di limiti o tetti apposti dal gestore all’autoricarica maturabile mensilmente, utilizza il servizio per accumulare bonus di credito, in maniera sostanzialmente avulsa dalla sua naturale funzione economico-sociale, che consiste nello scambio tra un servizio di comunicazione interpersonale ed un corrispettivo, e non nell’autoricarica.

L’Autorità, già in quella occasione, applicando le norme contrattuali di H3G S.p.A., complessivamente improntate ad un canone di “uso normale” e ragionevole del servizio, ha individuato un parametro di uso normale del diritto, che all’epoca è stato indicato in 3 ore giornaliere al massimo in ricezione per ognuna delle due utenze oggetto della controversia; il che vale a dire, in sostanza, in un limite massimo di 6 ore giornaliere di telefonate in ricezione (*id est* 3 ore per 2 utenze), che può essere quindi ritenuto espressione di un uso normale del diritto derivante dal contratto.

Il predetto parametro, che è stato individuato sulla base di criteri in linea di massima condivisibili per qualsiasi utente e quindi anche per gli attuali istanti, equivale, secondo le logiche di autoricarica del piano tariffario SuperTuaPiù vigenti all’epoca dei fatti di controversia (10 eurocent al minuto di traffico in ricezione), alla possibilità di maturazione di un importo complessivo massimo di euro 1.080,00 mensili di autoricarica, laddove effettivamente il traffico in ricezione sia stato pari a 6 ore giornaliere (ove si volesse invece considerare la possibilità di autoricarica derivante dalla ricezione di SMS – che permettevano l’accredito di 4 eurocent di bonus per ogni SMS ricevuto – la somma maturabile con un uso normale dell’utenza non sarebbe certamente superiore, ma non si rilevano in atti indicazioni sul punto).

Premessa, dunque, la disamina delle questioni sottese alla soluzione delle vicende oggetto della presente definizione e preso atto delle difese svolte dalle parti, si deve rilevare, grazie alle tabelle fornite dalla stessa H3G S.p.A., che l’uso anomalo del servizio lamentato dal gestore che, in ipotesi, avrebbe potuto perlomeno parzialmente giustificare la misura di “autotutela” contrattuale posta in essere dal medesimo, per l’utente Stimilli non si è mai verificato.

In ogni caso detto utente non può ottenere la restituzione del credito scaduto, posto che alla data del 31 dicembre 2007, in cui H3G S.p.A. ha reso effettiva la preannunciata scadenza dell'autoricarica, il sig. Stimilli aveva già consumato tutto il proprio credito (pari a circa 1.500 euro).

Né può trovare accoglimento la richiesta dallo stesso formulata di un indennizzo per essere stato "costretto" ad utilizzare il credito in un arco temporale limitato, in quanto il consumo "accelerato" dell'autoricarica deriva pur sempre da una scelta dell'utente, il quale – se convinto delle proprie ragioni – ben avrebbe potuto attendere per farle valere invece che consumare quanto accumulato, soprattutto ove si consideri che in virtù di tale consumo il sig. Stimilli avrà senz'altro goduto di un controvalore in servizi telefonici.

Pertanto è certamente da escludersi che vi sia la necessità, in questa sede, di indennizzare l'utilizzo dell'autoricarica come se si fosse verificato un inadempimento contrattuale dell'operatore; a conclusioni diverse potrebbe in ipotesi giungersi ove l'utente chiedesse il riconoscimento degli eventuali danni subiti per quanto avvenuto, ma, come noto, la relativa domanda non sarebbe proponibile in questa sede, in virtù di quanto previsto dall'art. 19, comma 2, del Regolamento.

Per quanto riguarda invece la posizione dell'utente Ciferri, va innanzitutto rilevato che, in cinque dei quattordici mesi per i quali H3G S.p.A. ha prodotto le tabelle con l'indicazione degli importi di autoricarica maturati, lo stesso ha accumulato importi più elevati di 1.080,00 euro. Può dunque procedersi ad una parziale restituzione delle somme scadute, applicando il calcolo già adottato dall'Autorità nelle delibere citate.

Ne consegue che all'utente deve essere restituita la somma di autoricarica di euro 4.933,50 (quattromilanovecentotrentatre/50), calcolata sottraendo dall'importo di euro 8.377,00 (scaduto il 31 dicembre 2007) l'importo di euro 3.443,50, derivante le eccedenze maturate nei mesi di gennaio, febbraio, marzo, aprile e maggio 2006.

Meritano, infine, accoglimento le istanze relative alla liquidazione dell'indennizzo da mancata risposta ai reclami (debitamente documentati), inviati dai due utenti dopo aver appreso della imminente operazione di messa in scadenza del credito.

Infatti, come già più volte affermato dall'Autorità rileva, sul punto, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche dell'articolo 25, commi 1 e 2, delle CGC applicate da H3G S.p.A.), secondo cui, in caso di reclamo, il gestore deve fornire una risposta adeguatamente motivata entro il termine indicato nel contratto, e comunque non superiore a 45 giorni, utilizzando altresì la forma scritta qualora il reclamo sia rigettato, come effettivamente è avvenuto nei casi qui in esame posto che gli utenti – nelle lettere – contestavano (ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. d sulla definizione di "reclamo") le nuove modalità con cui la prestazione di autoricarica sarebbe stata erogata, diffidando inoltre il gestore a non procedere alla messa in scadenza, che è invece poi avvenuta.

Per quanto concerne la determinazione della misura dell'indennizzo devono essere svolte alcune osservazioni. Infatti, sebbene l'Autorità – in mancanza di precisi riferimenti per il calcolo – abbia in generale fatto ricorso all'analogia, applicando agli inadempimenti non tipizzati nelle Carte dei servizi il parametro di indennizzo "ordinario" stabilito dalle Carte stesse per la sospensione/interruzione del servizio, *melius re perpensa* deve ritenersi che in talune ipotesi, frequenti nella casistica, il ricorso all'analogia potrebbe comportare la liquidazione di importi non in linea con il principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'indennizzo rispetto al concreto pregiudizio subito dall'utente, stabilito dalla delibera 179/03/CSP.

Particolarmente, nel caso di mancata risposta ad un reclamo, per quanto vi sia un difetto di comunicazione tra le due parti contrattuali, l'inadempimento che si verifica non inficia la prestazione principale dell'accordo, dato che l'utente, nell'attesa, continua ad utilizzare i servizi acquistati; si deve quindi impedire che dal predetto difetto di comunicazione possano discendere, a carico dell'operatore, misure eccessivamente penalizzanti e sproporzionate in termini di calcolo del relativo indennizzo.

Alla luce di quanto come sopra premesso, può allora ritenersi ragionevole e proporzionato stabilire, per la mancata risposta al reclamo inoltrato dai due utenti istanti, un parametro di indennizzo ridotto ad 1/3 del parametro di indennizzo ordinario (6 euro) previsto dalla Carta dei servizi del gestore, tenendo conto della minore gravità dell'inadempimento e – soprattutto – delle contenute conseguenze che da esso derivano in termini di effettività delle prestazioni contrattuali.

In questo stesso senso, peraltro, va la regolamentazione proposta dall'Autorità nella consultazione pubblica in materia di indennizzi (delibera n. 124/10/CONS) che, sebbene non applicabile al caso di specie, è utile ricordare come esempio di opportuna e ragionevole distinzione tra gli importi di indennizzo in ragione della gravità del correlato inadempimento.

Il parametro di indennizzo giornaliero di euro 2 sopra individuato è da moltiplicare per ciascuno degli utenti per il numero di giorni intercorrenti tra la data di ricezione del reclamo da parte del gestore, comprovata dalla ricevuta di ritorno della raccomandata a.r. (con l'aggiunta di 45 giorni utili per fornire risposta) e la data dell'udienza di conciliazione, che è di riferimento in quanto nel corso della stessa ciascun utente poté infine interloquire con H3G S.p.A. sul suo specifico caso.

I calcoli da effettuare sono dunque i seguenti:

per Stimilli: euro 2 x 130 giorni di ritardo = euro 260,00 (sottratti i 45 giorni utili per fornire risposta, reclamo ricevuto dal gestore il 12 ottobre 2007, udienza di conciliazione svolta il 4 aprile 2008);

per Ciferri: euro 2 x 48 giorni di ritardo = euro 96,00 (sottratti i 45 giorni utili per fornire risposta, reclamo ricevuto dal gestore il 22 ottobre 2007, udienza di conciliazione svolta il 23 gennaio 2008).

RITENUTO, per quanto precede, che le domande proposte dagli utenti Stimilli e Ciferri sono da accogliere parzialmente nel senso esplicito, prevedendo la restituzione parziale del credito per il Sig. Ciferri nonché per entrambi gli utenti, la liquidazione di un indennizzo da mancata risposta al reclamo;

CONSIDERATO, inoltre, per ciò che concerne le spese di procedura, che stante il parziale accoglimento delle istanze sia equo riconoscere a ciascuno degli utenti l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00), anche in considerazione del fatto che i medesimi non hanno personalmente partecipato all'udienza di conciliazione;

RITENUTO, infine, che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'articolo 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

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

L'accoglimento, nei termini di quanto esplicito nelle premesse del presente provvedimento, delle istanze presentate dai signori Stimilli e Ciferri.

La società H3G S.p.A. è pertanto tenuta a riconoscere:

- i. al sig. Stimilli, tramite assegno o bonifico bancario, l'importo di euro 260,00 (duecentosessanta/00) per la mancata risposta al reclamo e di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura;
- ii. al sig. Ciferri, tramite assegno o bonifico bancario, l'importo di euro 96,00 (novantasei /00) per la mancata risposta al reclamo, un bonus di traffico di euro 4.933,50 (quattromilanovecentotrentatre/50) e l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura;

con la precisazione che le somme liquidate a titolo di indennizzi devono essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per gli utenti 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.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile sul sito *web* dell'Autorità.

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.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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.

Napoli, 20 gennaio 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola