

DELIBERA N. 59/10/CIR

Definizione della controversia
Nisi/ H3G S.p.A.

L'AUTORITA',

NELLE riunioni della Commissione per le infrastrutture e le reti del 22 luglio 2010;

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;

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;

VISTA l’istanza del 7 dicembre 2009 (Prot. n. 0091166), con la quale la signora Nisi, rappresentata dall’ing. Bartolomeo Eros Maria Salvatore, 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 10 marzo 2010 (Prot. n. 0014632), 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 aprile 2010;

UDITE le parti nel corso dell’udienza di discussione della controversia tenutasi in data 15 aprile 2010;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La Sig.ra Nisi, intestataria dell'utenza mobile n. xxxx, contesta la legittimità delle operazioni di rimodulazione tariffaria e di "messa in scadenza" del credito da autoricarica poste in essere dall'operatore H3G S.p.A., rispettivamente, nei mesi di luglio e di dicembre 2007 nonché, da ultimo, il mancato riscontro al reclamo inviato in data 21 agosto 2007.

Dall'istanza introduttiva del procedimento, è emerso che:

i. l'utente aveva sottoscritto con la società H3G S.p.A. l'offerta tariffaria "*Super Tua Più*" che consentiva l'accumulo di credito da autoricarica senza limiti temporali di utilizzazione o di accumulo del credito ed era altresì privo di qualsivoglia tetto massimo relativamente agli importi potenzialmente accantonabili dai clienti;

ii. nel luglio del 2007 l'istante riceveva uno *short message* sulla propria utenza con cui gli veniva comunicato che la società avrebbe proceduto ad effettuare una rimodulazione del suo piano tariffario con decorrenza 1° settembre 2007 e che il credito maturato, mediante autoricarica, in virtù della adesione al predetto piano tariffario, sarebbe scaduto il 31 dicembre dello stesso anno;

iii. in data 21 agosto 2007, l'istante inviava alla società una lettera di reclamo con cui contestava la legittimità dell'operazione e chiedeva all'operatore telefonico, tra le altre cose, la restituzione del credito residuo maturato in virtù dell'autoricarica; a tale reclamo non seguiva alcun riscontro da parte dell'operatore;

iv. la società H3G S.p.A., in esecuzione di quanto preventivamente comunicato, procedeva quindi a modificare il profilo tariffario;

v. l'istante, esperito inutilmente il tentativo obbligatorio di conciliazione, si rivolgeva a questa Autorità lamentando il mancato rispetto della normativa di settore da parte della società H3G S.p.A. e formulando le richieste di seguito indicate: a) il ripristino del piano tariffario originario "*Super Tua Più*"; b) la restituzione, mediante accredito sulla propria utenza, del credito residuo maturato con meccanismi di autoricarica pari ad euro 2.547,50, messo in scadenza alla data del 31 dicembre 2007; c) la corresponsione di un indennizzo per mancata risposta al reclamo; d) il rimborso delle spese di procedura.

La società H3G S.p.A., nel corso dell'udienza di discussione della controversia tenutasi innanzi a questa Autorità in data 15 aprile 2010, ha dichiarato di aver sempre gestito i reclami con contatti verso il cliente. Inoltre la predetta società, al fine di risolvere bonariamente la controversia, ha formulato una proposta transattiva all'istante da questi rifiutata.

II. Motivi della decisione

La vicenda oggetto della presente disamina si incentra su tre distinti profili, riguardanti: a) la rimodulazione del piano tariffario “*Super Tua Più*” sottoscritto dall’istante; b) l’iniziativa della messa in scadenza del credito da autoricarica maturato entro il 31 dicembre 2006; c) il mancato riscontro al reclamo del 21 agosto 2007.

In relazione al profilo *sub a)*, deve rilevarsi che la società H3G S.p.A., ha provveduto a comunicare preventivamente, secondo le modalità previste all’articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche, l’intenzione di procedere alla rimodulazione del piano tariffario “*Super Tua Più*” e, pertanto, la doglianza dell’istante in ordine alla illegittimità della operazioni di rimodulazione tariffaria appare priva di fondamento. A supporto di tale assunto, si consideri che sugli adempimenti effettuati dalla società H3G S.p.A. in occasione dell’operazione di rimodulazione tariffaria che ha interessato la totalità dei sottoscrittori del piano tariffario “*Super Tua Più*” nell’anno 2007 questa Autorità è già intervenuta con la delibera n. 649/07/CONS disponendo l’archiviazione “*per insussistenza della violazione*” dell’articolo 70, comma 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Per quanto concerne, invece, il profilo *sub b)*, si evidenzia che al tempo della sottoscrizione da parte dell’utente del piano “*Super Tua Più*” non vi era alcuna indicazione circa l’esistenza di tetti massimi o limiti per l’autoricarica. Inoltre, nel regolamento contrattuale sottoscritto dalle parti non era presente alcuna clausola che indicasse limitazioni circa l’utilizzazione del credito residuo accumulato né che lo differenziasse in alcun modo rispetto a quello frutto di versamento diretto di somme di denaro a favore del gestore.

In ordine alla eventuali forme di utilizzazione “impropria” del meccanismo di autoricarica, ossia in maniera non conforme a quanto previsto dalle condizioni generali di contratto, deve rilevarsi che il gestore aveva a disposizione i mezzi per tutelarsi da eventuali comportamenti “anomali” da parte dei sottoscrittori del piano tariffario “*Super tua Più*”, quale la sospensione del servizio ovvero la risoluzione del contratto per usi anomali o a scopo di lucro, in base a quanto previsto dall’articolo 18 e dall’articolo 20 delle Condizioni generali di contratto.

Si deve, quindi, ritenere che il comportamento tenuto dal gestore, che avrebbe dovuto essere improntato a diligenza e perizia qualificate per evitare il verificarsi di situazioni quali quella in esame, è stato per contro lungamente connotato da inerzia, per poi manifestarsi con una soluzione che appare ingiustificata e sproporzionata, qual è quella del rifiuto di restituire l’intero ammontare del credito generato da meccanismi di autoricarica.

In effetti, la situazione che potrebbe concretizzarsi a seguito dell’operazione posta in essere dalla società H3G S.p.A. è la seguente: la società, dopo aver tratto tutto il possibile vantaggio dallo svolgimento del rapporto, beneficiando del traffico generato dal cliente in particolare sotto il profilo della remunerazione per la terminazione del traffico in entrata, con il disconoscimento del credito da autoricarica, finirebbe con il riservare a sé tutti i vantaggi del contratto, liberandosi dei correlativi oneri.

Fermo restando quanto *supra* illustrato, 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 può seriamente ritenersi che la mancanza di un tetto massimo di autoricarica mensile nella formula del piano tariffario "*Super Tua Più*" equivallesse 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, negherebbe in radice le regole basilari della società civile, in pratica presupponendo che l'assenza di un idoneo controllo legittimi qualsiasi comportamento.

Da ciò deriva anche l'ulteriore, evidente, considerazione che, in ogni caso, anche la previsione di un tetto in ipotesi elevato, per sua stessa definizione e natura, non implica affatto la necessità del suo costante raggiungimento da parte degli utenti in violazione delle più elementari regole di buona fede nella esecuzione del contratto, in ossequio a quanto prescritto dal combinato disposto degli articoli 1337, 1175 e 1375 del codice civile. 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*. In via generale, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, "*la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico*" (*ex pluribus*, Cass. 15.02.2007 e Cass. 11.01.2006).

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.

Il messaggio pubblicitario relativo al piano tariffario "*Super tua Più*" originariamente diffuso, tra l'altro, 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).

Non vi è dunque 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.

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.

Nella definizione concreta del predetto canone, l'Autorità è tenuta peraltro a valutare i peculiari equilibri economici propri dello specifico rapporto in tutta la complessità dei loro risvolti, non circoscrivendoli ai soli elementi formali e tecnici della fattispecie secondo un parametro di giustizia sostanziale del caso concreto.

Rileva, allora, al di là delle abitudini nell'uso dei servizi descritte dall'utente, il contegno dell'operatore successivo alla stipula, che – come già 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 ricordare il canone del codice civile di cui all'articolo 1370, che impone di risolvere a carico del contraente che predispone le Condizioni generali di contratto le ambiguità del loro 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 del contratto alla stregua del suo uso normale del servizio da parte del cliente medio residenziale del servizio telefonico, avuto riguardo alla naturale destinazione 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, le

quali, in diverse disposizioni lo considerano quale parametro al quale si ancorano alcune conseguenze contrattuali.

Come già anticipato, inoltre, l'articolo 12.3 delle Condizioni generali di contratto vieta al cliente di utilizzare il servizio per scopo di lucro, anche indiretto; di conseguenza, l'importo che può essergli riconosciuto può ridursi soltanto nella misura in cui esso risulta essere stato il frutto di una condotta eccedente le soglie compatibili con il regolamento pattizio e con l'economia del relativo contratto.

Nella fattispecie in oggetto, deve rilevarsi che, sulla base di un'attenta valutazione e disamina delle informazioni rese dalle parti, deve escludersi il denunciato utilizzo del servizio in modalità non adeguata ad un "uso normale" dell'utenza telefonica, che avrebbe giustificato l'operazione di messa in scadenza del credito autoricaricato sull'utenza dell'istante. 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 che si sta sostenendo, si consideri che, nel caso di specie, il criterio dell'uso normale del diritto, conformemente ai parametri già utilizzati da questa Autorità nella delibera n. 11/09/CIR, può essere individuato, per l'utenza interessata dall'operazione di messa in scadenza del credito, in 6 ore giornaliere di traffico in sola ricezione, pari ad euro 1.080,00 di autoricarica mensile.

Tanto, in considerazione:

- delle caratteristiche specifiche dell'offerta, contraddistinta da una logica di autoricarica molto accattivante per gli utenti che certamente invogliava alla ricezione, pur senza prevedere limiti mensili;
- del fatto che l'utenza in ricezione era una;
- del fatto che, in ogni caso, qualsiasi utente, durante la vita quotidiana, compie attività molteplici ed ulteriori rispetto all'utilizzo dei servizi di comunicazione interpersonale;
- della ragionevolezza della presunzione di più pause giornaliere nell'uso dei servizi, di cui una notturna di perlomeno 7 ore.

Applicando la soglia di 1.080,00 euro mensili, emerge con evidenza che, nel periodo in contestazione, tale soglia non è stata superata dall'istante, considerato che l'ammontare complessivo di credito autoricaricato, pari ad euro 2.547,50, è stato accumulato dall'istante a partire dal 2003 e, quindi, nel corso di un periodo certamente superiore ad un mese.

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.

Da ciò deriva che la domanda di restituzione del credito da autoricarica formulata dall'utente deve trovare pieno accoglimento.

Per quanto concerne, da ultimo, il profilo *sub c)*, concernente la mancata risposta al reclamo, deve evidenziarsi che in merito la società H3G S.p.A. non ha fornito alcuna allegazione probatoria atta a dimostrare la gestione in forma scritta del reclamo inviato dall'utente, in aderenza a quanto previsto all'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP, in caso di rigetto ai reclami.

Pertanto, deve ritenersi applicabile l'articolo 8, comma 4, in combinato disposto con l'articolo 11, comma 2, della richiamata delibera 179/03/CSP per cui, considerato anche quanto pattuito all'articolo 25.1 e 25.2 delle Condizioni generali di contratto, l'istante ha diritto ad un indennizzo "da mancata risposta al reclamo" da calcolarsi secondo il parametro ordinario della Carta dei Servizi di H3G S.p.A. (6 euro *pro die*), moltiplicato per n. 628 giorni intercorrenti tra il 5 ottobre 2007 (scaduti i 45 giorni utili per fornire risposta scritta al reclamo ricevuto il 21 agosto 2007) e il 24 giugno 2009, data dell'udienza di conciliazione, nel corso della quale l'utente ha potuto interloquire con il gestore sul suo specifico caso, ristabilendo quel dialogo che nel corso del rapporto contrattuale era mancato a causa della mancata gestione del reclamo da parte dell'operatore.

CONSIDERATO, per quanto precede, che la domanda proposta dall'istante sia da accogliere, con affermazione del diritto dello stesso alla restituzione, sotto forma di bonus di traffico non monetizzabile, dell'intero ammontare del credito derivante da autoricarica, non utilizzato alla data del 31 dicembre 2007;

CONSIDERATO che tale importo del credito da autoricarica dovrà essere accreditato sull'utenza xxxx o su altra utenza intestata all'istante, attiva con la società H3G S.p.A.;

RILEVATO, altresì, che la società H3G S.p.A. non ha prodotto idonea documentazione probatoria attestante la corretta e regolare gestione del reclamo dell'utente e che pertanto sussistono i presupposti per la liquidazione di un indennizzo;

RITENUTO che il computo della misura dell'indennizzo deve necessariamente prescindere dai massimali previsti dalla Carta dei Servizi, in quanto questi ultimi violano il principio di proporzionalità, inteso in termini di adeguatezza, quale corrispondenza dell'indennizzo al pregiudizio subito, valutata sulla base di una serie di elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale, quali la qualità e la quantità del servizio, il valore del canone corrisposto, la durata del disservizio, la natura del soggetto - utente (persona fisica - giuridica) che ha subito il pregiudizio;

RITENUTO che l'indennizzo 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;

RITENUTO, infine, che, per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo omnicomprensivo 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 parziale accoglimento dell'istanza formulata dalla Signora Nisi, in data 7 dicembre 2009, è tenuta:

a) ad accreditare sull'utenza n. xxxx o su altra utenza intestata all'istante, attiva con il predetto operatore, la somma di euro 2.547,50, sotto forma di bonus di traffico non monetizzabile, corrispondente all'ammontare del credito da autoricarica non utilizzato dall'utente e posto in scadenza alla data del 31 dicembre 2007;

b) a corrispondere all'utente la somma di euro 3.768,00, a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo pervenuto alla società in data 21 agosto 2007, computato secondo i parametri esposti in motivazione;

La somma così determinata a titolo di indennizzo dovrà essere maggiorata della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

La predetta società è tenuta, altresì, per i fatti di cui in premessa, 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.

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, della 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.

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.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile sul sito web dell'Autorità, www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 23 *bis*, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 22 luglio 2010

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola