

DELIBERA N. 61/10/CIR

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

L'AUTORITA',

NELLA riunione 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 4 marzo 2008 prot. n. 11927/08 con la quale il sig. Fasciano 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 27 marzo 2008 prot. n. 16996/08 con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del citato regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della

controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza di discussione del 7 maggio 2008;

UDITE entrambe le parti nell'udienza del 7 maggio 2008;

VISTA la memoria del 22 maggio 2008, prot. n.30338, con la quale la società H3G puntualizzava quanto rappresentato nella predetta udienza in ordine al procedimento de quo;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e svolgimento istruttorio

Il sig. Fasciano, intestatario dell'utenza telefonica di rete mobile n. xxxx con la società H3G S.p.A., ha lamentato, in sintesi, il mancato rispetto della normativa di settore da parte del gestore nell'operazione di "messa in scadenza" del credito da autoricarica per il piano "Super Tua Più" che ha interessato la sua utenza, annunciata con un SMS del 5 ottobre 2007 che avvisava l'utente che il credito da autoricarica maturato fino a tutto il 2006 sarebbe scaduto il 31 dicembre 2007.

Con riguardo alla questione della scadenza dell'autoricarica maturata fino al 2006 nel piano "SuperTua+", l'utente ha lamentato innanzitutto il mancato rispetto delle disposizioni di cui all'art. 70, comma 4, CCE, nonché la illegittimità di una modifica retroattiva delle condizioni economiche del contratto (poiché l'autoricarica originariamente non aveva scadenza). Inoltre lo stesso ha ritenuto che si siano verificati la violazione delle norme di cui alla delibera n. 7/02/CIR e il ritardo nell'adeguamento della contrattualistica alla legge Bersani, per non avere la società H3G S.p.A. differenziato nel corso del rapporto gli importi di credito "acquistati" tramite ricarica da quelli invece maturati con meccanismi di autoricarica.

Dalla mancata differenziazione degli importi deriverebbe, nella ricostruzione dell'utente, 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, l'utente ha richiesto il riaccredito dell'importo convertito in credito a scadenza al 31 dicembre 2007 (Euro 1.800,00).

La società H3G S.p.A., in merito alla questione sollevata dal Sig. Fasciano, ha dichiarato di essersi comportata conformemente alla legge del 2 aprile 2007, n. 40. La

stessa delibera n. 416/07/CONS, nel 1° Considerato, specifica in modo chiaro che *“il comma 1 dell’art. 1 del decreto legge, laddove vieta ‘la previsione di limiti temporali massimi di utilizzo del traffico telefonico’, sancisce con ciò il principio della conservazione del credito acquistato in capo all’utente, che pertanto dovrebbe poterne sempre disporre, sia che receda, sia che aderisca alle offerte di un operatore concorrente”*. Il credito che non consiste in “traffico” o in “servizio acquistato”, non può, infatti, essere oggetto delle disposizioni introdotte dall’articolo 1 della legge del 2 aprile 2007, n. 40 e tanto meno essere oggetto di restituzione o conversione in denaro. Sul punto, la società medesima ha recepito nelle Condizioni Generali di Contratto, applicabili al caso di specie - in particolare nella definizione di cui all’art. 2 lettera g) - la distinzione tra il traffico/servizio acquistato e quello derivante da bonus, omaggi e logiche di autoricarica, come da comunicazione già inoltrata a questa Autorità in data 14. marzo 08, protocollo 178/07, oggetto della comunicazione recante Decreto-Legge 7/07 – Modifica delle Condizioni Generali di Contratto di 3. Il predetto articolo definisce “Credito Residuo” il *“credito relativo al traffico effettivamente acquistato e non goduto che residua, in favore del Cliente, in caso di cessazione del rapporto contrattuale per servizi di comunicazione prepagati o disattivazione della Usim ricaricabile, al netto di ricariche omaggio previste o comunque associate a promozioni, opzioni o meccanismi di autoricarica previsti dal piano scelto e/o attivo”*. La Società, con l’obiettivo di riordinare la gestione delle autoricariche esistenti alla luce del Decreto Bersani, ha deciso di intervenire introducendo una scadenza temporale, individuata nella data del 31 dicembre 2007, per fruire del bonus autoricaricato fino al 31 dicembre 2006. Per maggiore chiarezza, la società H3G ha precisato che tale intervento (comunicato tramite SMS in data 5 ottobre 2007 e rivolto ai soli clienti interessati), rappresentando una specifica sulla gestione del bonus di autoricarica e non una modifica del piano tariffario, non ha necessitato di preavviso di 30 giorni prima di diventare operativo. La campagna informativa oggetto della discussione è stata effettuata in data 4 ottobre 2007 mediante l’invio ai clienti interessati del seguente testo sms *“ 3 INFORMA Il credito accumulato entro il 31/12/2006 con autoricariche, bonus e ricariche omaggio sarà utilizzabile fino al 31/12/2007. Per info chiami gratis il 4940”*. Attraverso il numero in decade 4 è stata fornita al cliente ogni indicazione in merito all’oggetto dell’iniziativa ed alla circostanza che l’importo di credito autoricaricato, portato a scadenza la 31 dicembre 2007, si riferiva solo a quello maturato attraverso bonus, omaggi e/o logiche di autoricarica fino al 31 dicembre 2006. In forza di tale intervento, l’importo accumulato entro il 31 dicembre 2006 avrebbe dovuto essere utilizzato entro il 31 dicembre 2007 per qualsiasi servizio (ad esclusione delle sottoscrizioni di contenuti). Tale iniziativa è stata resa necessaria dal comportamento tenuto da alcuni utenti che hanno utilizzato il servizio in modalità non adeguata ad un uso normale dell’utenza telefonica, generando un traffico

autoricaricato elevatissimo. Occorre altresì precisare che alla data del 31 dicembre 2007 il credito derivante da autoricarica relativo all'anno 2006 ammontava ad euro 777,40.

II. Motivi della decisione

La doglianza, oggetto dell'istanza di definizione della controversia (scadenza del credito da autoricarica sul piano Super Tua Più dell'ottobre 2007), ha riguardato una percentuale marginale del numero di sottoscrittori di detto piano e, pur avendo in sostanza integrato una modifica delle condizioni del piano stesso, è più che altro da ricondurre alla disciplina contrattuale ed alla esecuzione del singolo rapporto gestore/utente.

Per quanto concerne il merito della questione controversa, la società H3G S.p.A. ha utilizzato un'operazione che in realtà non era contemplata dal regolamento pattizio (l'art. 22 CGC consente infatti la modifica delle condizioni del piano soltanto per ragioni organizzative di carattere generale) e peraltro senza chiarire al cliente i reali motivi della innovazione sull'autoricarica (mentre, ancora secondo l'articolo citato, avrebbe dovuto indicarne le "specifiche ragioni").

D'altro canto, nella delibera n. 528/08/CONS, l'Autorità ha già affermato che l'SMS del 5 ottobre 2007, diffuso per avvisare gli utenti coinvolti nell'operazione che l'autoricarica maturata fino a tutto il 2006 sarebbe scaduta il 31 dicembre 2007, è stato carente sotto il profilo della chiarezza e della completezza informativa, con riferimento alle condizioni tecniche/economiche e ai presupposti normativi (ma soprattutto contrattuali, nello specifico caso) che hanno portato l'operatore a fissare una nuova modalità di fruizione del credito che prevedeva un limite temporale prima non presente.

Tramite quell'avviso, infatti, l'utente Fasciano non ha potuto comprendere la complessità delle contestazioni che gli venivano mosse, e di fatto è stato impedito un contraddittorio consapevole ed immediato fra le parti del rapporto, posticipandolo alla procedura di risoluzione della controversia.

La disciplina contrattuale, invece, prevedendo apposite forme di autotutela, avrebbe consentito all'operatore di disporre la sospensione dei servizi ovvero la risoluzione del contratto per usi anomali o a scopo di lucro, ai sensi dell'art. 18 e dell'art. 20 delle CGC. Pertanto, non può non essere rilevante, anche ai sensi dell'art. 1362 Cod. civ., che la società H3G S.p.A., pur potendolo, non ha attivato quelle clausole che le avrebbero permesso di tutelarsi per tempo senza far sorgere equivoci né aspettative di sorta rispetto ad un comportamento del cliente indubbiamente anomalo, che però era già oggettivamente riscontrabile da tempo.

Tanto premesso, la domanda di restituzione del credito va accolta limitatamente al credito effettivamente scaduto pari ad Euro 777,40 che residuava, in accoglimento di

quanto esposto dall'istante in sede di udienza, alla data del 31 dicembre 2007, dopo cioè il normale consumo effettuato dal cliente.

Per quanto riguarda l'aspetto relativo alle modalità con le quali il credito da autoricarica deve essere restituito all'utente, ai sensi della norma dell'art. 1, comma 1, della legge n. 40 del 2007, la domanda del sig. Fasciano finalizzata alla sua monetizzazione o portabilità interoperatori è da respingere.

Infatti, l'eventuale mancata differenziazione delle voci di credito da parte di H3G S.p.A. non modifica la natura non monetaria (ma in genere promozionale o di bonus) del traffico da autoricarica riconosciuto dal gestore al proprio cliente. Né vale in senso contrario la considerazione, formulata dall'istante sig. Fasciano, che l'importo di traffico da autoricarica maturato dallo stesso sia stato comunque remunerato, per la società H3G S.p.A., dal sistema dei costi di terminazione, poiché trattasi di considerazione che non incide sui rapporti tra l'utente e il gestore, bensì attiene a rapporti diversi, che non rientrano nell'ambito della tutela prevista dalla legge n. 40/2007 né possono rientrare nell'oggetto della presente controversia.

Ne consegue che gli importi di traffico da autoricarica dovranno essere riconosciuti all'istante esclusivamente con la messa a disposizione sui sistemi della società H3G S.p.A., dunque tramite riaccredito sotto forma di bonus sull'utenza interessata.

RITENUTO, per quanto precede, che la domanda proposta dal sig. Fasciano sia da accogliere con affermazione del diritto dello stesso ad ottenere il riaccredito parziale del traffico da autoricarica maturato fino all'anno 2006 (scaduto il 31 dicembre 2007), nei limiti di importo sopra determinati;

RITENUTO inoltre che, per quanto concerne le spese di procedura, alla luce delle disposizione dell'art. 19 del regolamento, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di euro 100,00, a titolo di rimborso delle spese sostenute per l'espletamento della presente 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

1. La società H3G S.p.A., in parziale accoglimento dell'istanza presentata dal sig. Fasciano in data 4 marzo 2008, è tenuta al riconoscimento in favore dell'istante delle seguenti somme.

- i. euro 777,40 di traffico telefonico autoricaricato, determinato come in motivazione, da riaccredinarsi sull'utenza n. xxxx;
- ii. euro 100,00 a titolo di spese di procedura, da corrisponderci a mezzo assegno bancario entro 60 giorni dalla notifica della presente delibera.

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

Ai sensi dell'art. 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'art. 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