

DELIBERA N. 62/09/CIR

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

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 6 ottobre 2009;

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. 11979/08), con la quale il sig. XXX 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. (qui di seguito "H3G");

VISTA la nota del 26 marzo 2008 (Prot. n. 16669/08), con cui la Direzione Tutela dei Consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 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 23 aprile 2008;

UDITE le parti nel corso dell'udienza del 23 aprile 2008;

VISTA la memoria trasmessa dalla società H3G S.p.A., acquisita con Prot. n. 27574 del 9 maggio 2008;

VISTA la successiva nota del 28 luglio 2009 (prot. n. 4959) con la quale la Direzione Tutela dei Consumatori ha richiesto alle parti ulteriore documentazione a completamento dell'istruttoria;

VISTA la documentazione istruttoria trasmessa dalla società H3G S.p.A. in data 30 luglio 2009;

VISTA la successiva documentazione trasmessa dall'utente, acquisita con prot. n. 66332 del 13 agosto 2009;

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

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento istruttorio

Il sig. XXX, nel dicembre 2005, sottoscriveva un contratto di telefonia mobile con l'operatore H3G avente ad oggetto l'utenza n. YYY, aderendo ad un piano tariffario (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.

L'operatore, con un Sms del 4 ottobre 2007, comunicava a parte della clientela aderente al summenzionato piano tariffario – incluso il sig. XXX - che il credito maturato mediante autoricarica sarebbe scaduto il 31 dicembre dello stesso anno. Questo è il tenore letterale del messaggio: *“Il credito accumulato entro il 31.12.2006 con autoricariche, bonus e ricariche omaggio sarà utilizzabile fino al 31.12.2007. Per info chiami il 4940”*.

L'utente, a fronte di tale messaggio, ha lamentato la lesione dei propri diritti, evidenziando il mancato rispetto della normativa di settore da parte del gestore, nonché la illegittimità di una modifica retroattiva delle condizioni economiche del contratto (poiché l'autoricarica originariamente non aveva scadenza). Lo stesso ha, inoltre, messo in rilievo che l'operatore H3G non ha 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, come il credito residuo “acquistato”, anche il credito da autoricarica non avrebbe scadenza né limitazioni di utilizzo.

Su questa linea, l'utente ha formulato la propria domanda, chiedendo la restituzione del credito telefonico pari ad Euro 912,18, arbitrariamente azzerato dal gestore in data 31.12.2007.

Nel corso dell'udienza del 23 aprile 2008, la società H3G S.p.A. ha formulato una proposta transattiva, offrendo all'utente un credito telefonico di 600 euro, pari ai 2/3 dell'importo di traffico da autoricarica presente sulla sua scheda usim alla data del 31.12.2007. La parte istante ha respinto tale offerta insistendo per la restituzione dell'intero ammontare del credito derivante da meccanismi di autoricarica. L'istante ha messo in rilievo, altresì, che, in data 4 ottobre 2007, l'operatore, omettendo qualsivoglia comunicazione, ha azzerato parte del proprio credito residuo e che solo il giorno successivo ha provveduto ad inviare un sms, con il quale si limitava a comunicare che il credito generato attraverso logiche di autoricarica avrebbe potuto essere utilizzato entro e non oltre il 31.12.2007.

Con riferimento alla operazione di scadenza del credito, H3G ha evidenziato che la stessa ha riguardato un numero limitato di clienti ed è stata provocata da un uso anomalo del servizio, non conforme al regolamento contrattuale.

Al riguardo, la Direzione Tutela dei Consumatori ha richiesto un approfondimento istruttorio ai sensi dell'art. 18, comma 2, del Regolamento, al fine di ricevere, da entrambe le parti in controversia, integrazioni documentali, utili ai fini della soluzione della controversia in oggetto.

In riscontro alla predetta richiesta, l'operatore ha prodotto una tabella riassuntiva degli importi di credito da autoricarica maturati mensilmente dal sig. XXX nel corso del rapporto.

2. Valutazioni in ordine al caso in esame

Dagli esiti dell'istruttoria è emerso che la richiesta del sig. XXX merita accoglimento, considerato che diversi sono i profili di illegittimità riscontrabili nell'operazione di "messa in scadenza" del credito posta in essere dall'operatore.

Con riferimento alla doglianza dell'utente relativa alla scadenza dell'autoricarica maturata fino all'anno 2006, H3G ha precisato che la Legge n. 40/07 (la cosiddetta legge Bersani) introduce una netta distinzione tra il credito telefonico, acquistato dal cliente (che non ha scadenza) e il credito telefonico non acquistato, frutto di promozioni, bonus o di meccanismi di autoricarica, al quale, invece, può essere posto un limite temporale massimo di utilizzo, ciò che il gestore ha fatto con l'operazione di "messa in scadenza" del credito autoricaricato annunciata con l'sms del 4.10.2007.

Con riferimento al caso di specie, il gestore ha dichiarato che: a) l'operazione di scadenza del credito si è sostanziata in una modalità di gestione del bonus di autoricarica e non in una modifica del piano tariffario; b) tale iniziativa è stata resa necessaria dal comportamento tenuto da una parte dei clienti aventi il piano tariffario Super Tua Più, i quali hanno utilizzato il servizio in modalità non adeguata ad un uso normale dell'utenza telefonica,

generando un traffico autoricaricato molto elevato; c) a tali utenti è stata fornita ogni indicazione utile sull'operazione.

Sul punto l'utente ha replicato che l'operatore, con l'iniziativa *de qua*, ha posto in essere un'illegittima variazione delle condizioni contrattuali inerenti alla fruizione del traffico da autoricarica, evidenziando che, al tempo della costituzione del rapporto contrattuale, nessuna clausola indicava limitazioni circa l'utilizzazione del credito residuo accumulato, né lo differenziava in alcun modo rispetto a quello frutto di versamento diretto di somme di denaro a favore del gestore. Il sig. XXX ha messo in rilievo, inoltre, l'incompletezza dell'informazione resa dal gestore riguardo all'iniziativa di messa in scadenza del credito.

Stanti le reciproche affermazioni delle parti, può affermarsi che l'esame del caso di specie è incentrato sulla valutazione: a) della legittimità dell'operazione effettuata dal gestore, che ha posto un limite temporale (originariamente inesistente) all'autoricarica già maturata dall'utente, nonché sulla valutazione b) della conformità alle disposizioni contrattuali della condotta dell'istante, secondo un parametro di "uso normale e ragionevole" del servizio.

Sul primo aspetto, deve rilevarsi che, sebbene H3G abbia in pratica affermato di aver agito a causa della violazione del contratto da parte di una parte della clientela, il gestore, per tutelarsi, ha utilizzato un'operazione che in realtà non era contemplata dal regolamento pattizio (l'art. 22 delle Condizioni Generali di Contratto consente infatti la modifica delle condizioni del piano soltanto per ragioni organizzative di carattere generale) e, peraltro, omettendo di chiarire al cliente i reali motivi della innovazione concernente il credito da autoricarica (mentre, ancora secondo l'articolo citato, avrebbe dovuto indicarne le "specifiche ragioni").

Tramite l'sms inviato, infatti, l'utente 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. Di contro, il gestore avrebbe dovuto chiarire agli utenti i motivi della innovazione, conformemente a quanto disposto dall'art. 22 delle Condizioni Generali di Contratto, che impone d'indicare al cliente "le specifiche ragioni" della modifica.

La disciplina contrattuale, peraltro, 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, conformemente a quanto previsto dagli artt. 18 e 20 delle Condizioni Generali di Contratto. Non può certo trascurarsi che, anche ai sensi dell'art. 1362 del Codice civile, H3G, pur potendo, 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 anomalo di parte della clientela, che però era già oggettivamente riscontrabile da tempo.

Sotto altro profilo interpretativo, poi, si deve aggiungere che l'assenza originaria, nel piano Super Tua Più, di qualsivoglia tetto massimo o limite per l'autoricarica e la recente previsione di tetti di autoricarica (quali quelli di 5.000 euro con scadenza al 31.12.2011, richiamati dall'utente), che ancora permettono l'accumulo di somme rilevanti, rappresentano

un indice della volontà originaria del gestore di consentire accumuli anche ingenti di credito da autoricarica.

Si deve quindi ritenere che il comportamento tenuto dal gestore *in executivis*, che avrebbe dovuto essere improntato a diligenza e perizia qualificate, è stato per contro lungamente connotato da inerzia, per poi manifestarsi con una soluzione che appare ingiustificata e sproporzionata, sia sotto il più immediato profilo contrattuale – che non contempla l'intervento effettuato – sia sul più generale piano del diritto vigente, che non consente ad una parte di imporre unilateralmente ed arbitrariamente una simile clausola nel corso dello svolgimento del rapporto.

Da ciò deriva che l'eccezione del gestore relativa all'uso anomalo rilevato non può trovare accoglimento, anche perchè H3G, dopo aver comunque tratto tutto il possibile vantaggio dallo svolgimento del rapporto, beneficiando del traffico generato dal cliente e lucrando, ovviamente, sotto il profilo dei prezzi di terminazione, con il disconoscimento dell'autoricarica ha mirato a riservare a sé tutti i vantaggi del contratto e a liberarsi di tutti i correlativi oneri (tra l'altro, considerato il preavviso di soli tre mesi, costringendo in pratica l'utente a rinunciare al credito).

A ciò si aggiunga che l'utente, come innanzi evidenziato, non è stato correttamente informato in ordine ai motivi che hanno condotto l'operatore ad effettuare l'operazione di "messa in scadenza del credito".

Da un lato, infatti, il gestore ha dichiarato di aver posto in essere l'operazione in oggetto per tutelarsi rispetto ad un utilizzo del servizio "*in modalità non adeguata ad un uso normale dell'utenza telefonica*", dall'altro non risulta che sia stata fornita in merito un'informazione completa, trasparente, tempestiva e secondo buona fede. L'utente ha appreso solo nel corso dell'udienza di discussione le motivazioni sottese all'operazione che ha coinvolto la propria utenza.

Tale condotta si pone in stridente contrasto, oltre che con quanto disposto dall'art. 22 delle Condizioni Generali di Contratto, anche con quanto prescritto dai commi 1 e 2 dell'art. 4 della Delibera 179/03/CSP, secondo cui "*gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi*", ed ancora "*la diffusione di qualsiasi informazione, in particolare di quelle relative alle condizioni tecniche ed economiche dei servizi anche in relazione alle modificazioni delle condizioni applicate al servizio sottoscritto, avviene secondo criteri uniformi di trasparenza, chiarezza, tempestività, osservando in particolare i principi di buona fede e lealtà, valutati alla stregua delle esigenze delle categorie dei consumatori più deboli.*"

L'operatore, avendo agito in spregio al fondamentale principio di trasparenza, sarà pertanto tenuto a corrispondere all'utente un congruo indennizzo da calcolarsi tenendo conto del periodo intercorrente dal 5 ottobre 2007 (data di invio dell'sms da parte di H3G) al 23 aprile 2008 (data dell'udienza di discussione nel corso della quale l'utente ha avuto contezza delle motivazioni sottese all'operazione posta in essere dal gestore).

Anche prescindendo da tali profili di scorrettezza del *modus operandi* del gestore telefonico, deve rilevarsi che, sulla base di un'attenta valutazione e disamina delle informazioni rese da H3G sugli importi di autoricarica mensilmente maturati dall'istante, deve escludersi il denunciato utilizzo del servizio "*in modalità non adeguata ad un uso normale dell'utenza telefonica*", che avrebbe giustificato, anche nei confronti del sig. XXX, secondo la ricostruzione della Società, l'operazione di "messa in scadenza" del credito autoricaricato.

Gli importi di autoricarica accumulati dall'istante, infatti, sono stati maturati in un periodo lungo e risultano dalla somma di importi mensili il più delle volte decisamente non significativi ai fini del preteso 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 nell'arco di un mese.

Nel caso di specie, il criterio dell'uso normale del diritto¹, 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:

- 1) 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;
- 2) del fatto che l'utenza in ricezione era una;
- 3) 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;
- 4) 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 di autoricarica mensile al caso specifico, emerge con palmare evidenza che, nel periodo in contestazione, tale soglia non è mai stata superata dal sig. XXX. Non si ravvisa dunque la prova del lamentato scopo di lucro nell'utilizzo del servizio da parte dell'utente.

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, così come pubblicizzata dal gestore.

¹ Si tratta di un criterio che, oltre ad essere usualmente adoperato per valutare la consistenza delle condotte di abuso del diritto (*ex multiis*, Cass., sez. III, 15.04.2004, N. 7169; 18.6.1991, 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.

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

CONSIDERATO, per quanto precede, che la domanda proposta dal sig. XXX sia da accogliere integralmente, con affermazione del diritto dello stesso ad ottenere il riaccredito sulla propria utenza dell'intero ammontare del credito derivante da autoricarica e non monetizzabile;

RILEVATO che il gestore non ha provveduto a fornire all'utente un'informazione completa e trasparente, in conformità a quanto prescritto dall'articolo 4, commi 1 e 2, della delibera n.179/03/CSP;

RITENUTO, infine, che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 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 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;

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. è tenuta, nei confronti del sig. XXX:

- a corrispondere il credito telefonico pari ad euro 912,18, mediante accredito, sull'utenza intestata al medesimo, dell'intero ammontare del credito stesso, derivante da autoricarica, sotto forma di bonus di traffico non monetizzabile;

La società H3G S.p.A. è tenuta, altresì, a rimborsare, a mezzo assegno bancario, all'utente, Sig. XXX, le spese procedurali per un ammontare complessivo di Euro

150,00, quale rimborso delle spese sostenute dall'utente stesso per l'esperimento del tentativo di conciliazione e per lo svolgimento della presente procedura, ai sensi dell'art. 19, comma 6, della Delibera n. 173/07/CONS.

Le somme suddette dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

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'art. 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 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'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, 6 ottobre 2009

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Roberto Napoli

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola