

DELIBERA N. 63/10/CIR

Definizione della controversia
Colao/ 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 22 luglio 2008 (Prot. n. 45110/08), con la quale il sig. Colao 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 5 agosto 2008 (Prot. n. 50387/08), con la quale 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 9 ottobre 2008;

UDITE le parti nel corso della predetta audizione;

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. Colao, intestatario dell'utenza mobile n. xxxx, contesta la legittimità dell'operazione di messa in scadenza del credito da autoricarica posta in essere dall'operatore H3G nel mese di dicembre 2007.

In particolare, dall'istanza introduttiva del procedimento, è emerso che:

i. l'istante, titolare di un contratto di telefonia mobile con l'operatore H3G relativo all'utenza n. xxxx, con piano tariffario ("Super Tua Più") che consentiva l'accumulo di credito da autoricarica senza limiti temporali di utilizzazione o di conservazione del credito e senza tetto massimo relativamente agli importi potenzialmente accantonabili dai clienti, riscontrava l'azzeramento del credito accumulato alla data del 31 dicembre 2007;

ii. in particolare, la società H3G S.p.A., con un sms del 5 ottobre 2007, comunicava a parte della clientela aderente al summenzionato piano tariffario – incluso il sig. Colao - che il credito maturato mediante autoricarica sarebbe scaduto il 31 dicembre dello stesso anno.

A fronte di tale operazione, l'istante è insorto e, all'esito di un tentativo di conciliazione non andato a buon fine, si è rivolto a questa Autorità lamentando il mancato rispetto della normativa di settore da parte dell'operatore e formulando le richieste di seguito riportate: a) la restituzione, mediante accredito sulla propria utenza, del credito residuo maturato con meccanismi di autoricarica pari ad euro 5.370,00, messo in scadenza in data 31 dicembre 2007; b) la corresponsione di un rimborso per le spese di procedura.

La società H3G S.p.A., nel corso dell'udienza del 9 ottobre 2008, ha ribadito, in ordine alla questione del credito bonus messo a scadenza il 4 ottobre 2007, la correttezza del proprio comportamento, puntualizzando, in sintesi, che la Legge n. 40 del 2007 ha introdotto la netta distinzione tra credito telefonico, acquistato dal cliente (che non ha scadenza) e credito telefonico non acquistato, frutto di promozioni, bonus o di meccanismi di autoricarica che può, invece, avere scadenza. La definizione consentirebbe, pertanto, di individuare in modo trasparente e non equivoco l'esatto importo di cui il cliente può ottenere il rimborso in caso di recesso/disattivazione o di richiesta di portabilità del numero e cioè il solo credito "acquistato" con esclusione del credito derivante dai meccanismi di autoricarica. Nel caso di specie, ha specificato che il credito effettivamente scaduto in data 31 dicembre 2007 è pari ad euro 5.341,00.

Al riguardo, la società H3G S.p.A. non ha prodotto alcuna documentazione a supporto della propria posizione, ed in particolare non ha esibito, nel corso dell'attività istruttoria, le tabelle riepilogative attestanti i volumi di bonus di traffico ricaricato messo in scadenza in data 31 dicembre 2007.

II. Motivi della decisione

Per quanto concerne la problematica inerente alla messa in scadenza del credito da autoricarica, rileva in questa sede evidenziare che diversi sono i profili di illegittimità ravvisabili nella condotta tenuta dall'operatore.

Al riguardo si consideri 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.

A ciò si aggiunga che per arginare il fenomeno lamentato dal gestore, concernente la maturazione di somme ingenti da parte degli utenti attraverso l'utilizzo improprio del meccanismo dell'autoricarica, la disciplina contrattuale, prevedendo apposite forme di autotutela, avrebbe consentito all'operatore stesso di disporre rimedi quali la sospensione dei servizi ovvero la risoluzione del contratto per usi anomali o a scopo di lucro, conformemente a quanto disposto dagli articoli 18 e 20 delle Condizioni generali di contratto. Non può trascurarsi, pertanto, la circostanza che la società H3G S.p.A., pur potendo, non ha attivato quelle misure che le avrebbero permesso di tutelarsi per tempo senza far sorgere equivoci né aspettative di sorta rispetto ad un comportamento della clientela indubbiamente anomalo, che però era già oggettivamente riscontrabile da tempo.

Sotto altro profilo, 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 dicembre 2011, richiamati dall'utente), che ancora permettono l'accumulo di somme rilevanti, rappresentano un indice della volontà originaria del gestore di consentire l'accumulo di credito da autoricarica a misura consistente. Tali caratteristiche hanno reso tali piani tariffari particolarmente "appetibili" per una parte di clientela, consentendo al gestore di realizzare una campagna di acquisto clienti evidentemente vantaggiosa.

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 netto rifiuto di restituire l'intero ammontare del credito generato da meccanismi di autoricarica.

In effetti, la situazione che potrebbe concretizzarsi a seguito dell'operazione sarebbe la seguente: la società H3G S.p.A., 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 col riservare a sé tutti i vantaggi del contratto, liberandosi dei correlativi oneri.

Fermo quanto sopra, elemento dirimente ai fini della soluzione del caso di specie è la valutazione della condotta del sig. Colao 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, che dovrebbe identificarsi in uno scambio tra un servizio di comunicazione interpersonale ed un corrispettivo.

Se è vero, infatti, che le decisioni del gestore relative alle soglie di autoricarica, o ad altre offerte che invoglino al consumo, possono essere sindacate per valutare eventuali carenze di trasparenza nelle collegate condizioni sull'utilizzo tecnico/economico dei servizi, non può seriamente ritenersi che la mancanza di un tetto massimo di autoricarica mensile nella prima 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 i principi generali applicabili ai casi civili, 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 Costituzione, 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 febbraio 2007 e Cass., 11 gennaio 2006, n. 264).

Nel caso in esame, tra l'altro, l'utente Colao aveva anche aderito ad obblighi contrattuali che ponevano limiti espressi: l'art. 12, comma 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.

Pure il messaggio pubblicitario 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 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.

Da ciò deriva che l'istante può avere 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 dei servizi.

Nella definizione concreta di questo 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, sopra riassunte, 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 anche ingente (ed anzi prevedendo nei successivi Piani Tariffari limiti di autoricarica mensile decisamente elevati, con ciò evidentemente permettendo l'insorgenza di un'aspettativa per l'utente). 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 e non nell'autoricarica.

Si tratta di un criterio che, oltre ad essere usualmente adoperato per valutare la consistenza delle condotte di abuso del diritto (*ex multis*, 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.

Come già anticipato, inoltre, l'art. 12.3 delle condizioni generali di contratto vieta al cliente di utilizzare il servizio per scopo di lucro, anche indiretto. Non può che ridursi, di conseguenza, l'importo che può essergli riconosciuto, nella misura in cui esso è 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, anche nei confronti del sig. Colao, 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 abbastanza lungo e risultano 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.

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:

i. 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;

ii. del fatto che l'utenza in ricezione era unica;

iii. 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;

iv. della ragionevolezza della presunzione di più pause giornaliere nell'uso dei servizi, di cui una notturna di perlomeno 7 ore.

Per applicare la soglia di euro 1.080,00 di autoricarica mensile al caso specifico, sarebbe necessaria una verifica (tramite le tabelle fornite dal gestore) volta ad individuare quali siano i mesi del periodo in contestazione in cui tale soglia sia stata superata, così da calcolare l'eccedenza accumulata in maniera non conforme al regolamento contrattuale, che dovrebbe essere sottratta dal totale del credito disponibile al 31 dicembre 2007.

Nel caso di specie, tuttavia, considerato che il gestore non ha fornito le tabelle riepilogative dei bonus di autoricarica, non è possibile accertare l'ammontare del

credito autoricaricato mensilmente in eccedenza. Pertanto, conformemente agli orientamenti espressi precedentemente da questa Autorità in casi analoghi, applicando la suddetta soglia di euro 1.080,00 mensili, emerge con evidenza che, nel periodo in contestazione, tale soglia non è stata superata dal sig. Colao, considerato che l'ammontare complessivo di credito autoricaricato, pari ad euro 5.341,00, è stato accumulato dall'istante nel corso di un periodo certamente superiore ad un mese. 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.

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. Colao 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 n. xxxx o su altra utenza intestata all'istante, attiva con la società H3G S.p.A.;

RITENUTO, infine, che, per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di euro 100,00, ai sensi dell'art.19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS, considerato che l'istante ha sostenuto le spese per la presente procedura svolta in regione diversa da quella di residenza;

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 accoglimento dell'istanza formulata dal sig. Colao in data 22 luglio 2008, è tenuta:

i. ad accreditare sull'utenza n. xxxx o su altra utenza intestata all'istante, attiva con il gestore, la somma di euro 5.341,00, 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;

ii. euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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, 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.

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