

DELIBERA N. 66/10/CIR

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

L'AUTORITA',

NELLA sua riunione della Commissione per le Infrastrutture e le reti del 23 settembre 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 "Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti" pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n.120 del 25 maggio 2007;

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 18 febbraio 2009 prot. n.0012652, con la quale il sig. Longo 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 7 aprile 2009 (prot. n.29026), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 7 settembre 2009;

VISTA la memoria difensiva integrativa del sig. Longo, prodotta il 28 settembre 2009 (prot. n. 0074791);

UDITE le parti nel corso dell'udienza del 7 settembre 2009;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

Il sig. Longo, titolare di un contratto di telefonia mobile con l'operatore H3G, avente ad oggetto le utenze n. xxxx e n. yyyy ha lamentato, in sintesi, il mancato rispetto della normativa di settore e delle norme contrattuali da parte del gestore in occasione della nota rimodulazione di vari piani tariffari annunciata nel mese di luglio 2007 nonché la sospensione indebita del servizio oltre la mancata risposta al reclamo.

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

i. sulle due utenze era attivo il 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 dal cliente;

ii. in data 4 ottobre 2007 la società H3G, tramite sms, comunicava a gran parte della clientela, incluso l'istante, che a seguito della rimodulazione del piano tariffario "Super Tua Più" il credito maturato mediante autoricarica sarebbe scaduto il 31 dicembre dello stesso anno;

iii. a fronte di tale messaggio, l'utente, tramite diverse segnalazioni, contestava alla società la violazione di varie fonti normative tra cui la delibera n. 7/02/CIR, l'art. 70, comma 4 del Codice delle Comunicazioni elettroniche nonché l'illegittimità di una modifica retroattiva delle condizioni economiche del contratto e il ritardo nell'adeguamento delle condizioni generali di contratto alla legge Bersani, considerato che il gestore stesso non aveva provveduto a differenziare nel corso del rapporto gli importi di credito acquistati tramite ricarica da quelli maturati mediante meccanismi di autoricarica;

iv. intanto, in data 31 dicembre 2007, il servizio telefonico sull'utenza n. xxxx veniva improvvisamente e ingiustificatamente sospeso;

v. a seguito di ripetuti reclami, inviati anche via fax rispettivamente in data 2 e 14 gennaio 2008, volti ad ottenere la riattivazione del servizio per l'utenza suddetta, l'utente non riceveva alcuna risposta scritta ma una chiamata dal servizio clienti lo informava della presa in carico della segnalazione;

vi. dopo 20 giorni l'utenza n. xxxx riprendeva a funzionare in modo corretto e regolare.

Per quanto sopra esposto, il sig. Longo chiede alla società H3G S.p.A:

1) la restituzione degli importi, pari ad euro 100,00 per l'utenza n. xxxx e pari ad euro 1300,00 per l'utenza n. yyyy, presenti sulle Usim, convertiti in credito a scadenza al 31 dicembre 2007;

2) l'indennizzo per l'interruzione del servizio per un periodo di 20 giorni;

3) la corresponsione di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo;

4) il rimborso delle spese di procedura pari a euro 50,00.

La società H3G S.p.A., nel corso dell'udienza del 7 settembre 2009, si è limitata a dichiarare quanto segue: *"...non è più possibile capire e comunicare all'Autorità la suddivisione tra credito acquistato e bonus di traffico maturato...inoltre a seguito del primo reclamo sia telefonico che via fax effettuato il 31 dicembre 2007 il problema è stato risolto il 18 gennaio 2008 e l'utente è stato contattato per conferma nella stessa data al n. xxxx"*.

II. Motivi della decisione.

L'oggetto della controversia si incentra sulla problematica riguardante la legittimità dell'iniziativa della messa in scadenza del credito da autoricarica maturato entro il 31 dicembre 2007 da parte del gestore, sulla sospensione indebita del servizio telefonico nonché sulla mancata risposta al reclamo.

Diversi sono i profili di illegittimità ravvisabili nella condotta tenuta dall'operatore nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale.

Rileva, a tal proposito, in questa sede evidenziare 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 la disciplina contrattuale, prevedendo apposite forme di autotutela, avrebbe consentito all'operatore 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 dall'articolo 18 e dall'articolo 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 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.

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 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. Tali caratteristiche hanno reso simili 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.

Fermo quanto sopra, elemento dirimente ai fini della soluzione del caso che ci occupa è la valutazione della condotta del sig. Longo 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.

Nella specifica vicenda, 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.

D'altronde, l'articolo 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 della 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. Longo, 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:

- 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 le utenze in ricezione erano due;
- 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 per ciascuna utenza, emerge con palmare evidenza che, nel periodo in contestazione, tale soglia non è mai stata superata dal sig. Longo. 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.

In merito alla doglianza riguardante l'interruzione della linea telefonica, in via generale, si deve evidenziare che a ristoro del pregiudizio subito dall'utente, come da responsabilità dichiarata dal gestore in sede d'udienza dinnanzi a questa Autorità, trova applicazione in materia di garanzie offerte al cliente la carta dei servizi di H3G che al riguardo stabilisce che: *“nel caso di interruzione o di irregolare funzionamento, 3 adotterà i provvedimenti necessari per ridurre al minimo la durata di tali disfunzioni in modo da arrecare ai clienti il minor disagio possibile..”*e ancora *“...3 s’impegna a risolvere eventuali guasti tecnici entro il primo giorno non festivo successivo alla segnalazione. Nel caso di guasti di particolare complessità l’impegno è di risolverli il più velocemente possibile..nei casi di mancato rispetto da parte di 3 dei principi, obblighi e impegni..il cliente ha diritto ad un indennizzo di entità commisurata alla durata del disservizio”*.

Tanto premesso, si ritiene di dover accogliere l'istanza dell'utente di cui al punto 2).

Per quanto concerne, da ultimo, la doglianza dell'istante, sulla mancata risposta al reclamo ricevuto dall'operatore in data 2 gennaio 2008 e successivi, deve evidenziarsi che il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP nonché dell'articolo 25, commi 1 e 2, delle Condizioni Generali di Contratto prevede che la risposta al reclamo in forma scritta debba essere motivata e fornita entro 45 giorni dal ricevimento della richiesta solo nei casi di rigetto del reclamo stesso.

In merito, deve qui evidenziarsi che la nota in parola risulta essere effettivamente una richiesta di ripristino del servizio telefonico senza alcun dubbio ingiustamente sospeso tuttavia il medesimo servizio risulta, come lo stesso sig. Longo ha dichiarato nell'istanza, essere stato ripristinato dopo 20 giorni. Di conseguenza il reclamo è da ritenersi gestito con esito positivo dalla società H3G S.p.A. nei tempi contrattualmente previsti in materia di reclami e dunque nessun obbligo di risposta in forma scritta è da attribuirsi alla medesima società, in conformità con quanto disposto dalla normativa vigente.

Per quanto sopra esposto, si ritiene di non dover accogliere l'istanza di cui al punto 3).

RITENUTO che la domanda proposta dal cliente sia da accogliere parzialmente, con affermazione del diritto dello stesso alla restituzione, sotto forma di bonus di traffico non monetizzabile, dell'intero ammontare del credito derivate da autoricarica non utilizzato alla data del 31 dicembre 2007, per l'importo di euro 100,00 per l'utenza n. xxxx e pari ad euro 1.300,00 per l'utenza n. yyyy;

CONSIDERATO che tali importi del credito da autoricarica dovranno essere accreditati sulle utenze oggetto della controversia ovvero su altra utenza intestata all'istante, attiva con la società H3G S.p.A.;

RITENUTO che sia illegittima la sospensione della linea telefonica e che, pertanto, la società debba provvedere a corrispondere gli indennizzi contrattualmente previsti per l'utenza interessata;

CONSIDERATO che la sospensione dell'utenza n. xxxx è intervenuta dal 31 dicembre 2007 al 18 gennaio 2008, per un intervallo temporale di 19 giorni solari;

RILEVATO che il parametro da utilizzare per il calcolo dell'indennizzo è quello ordinario della Carta dei Servizi di H3G S.p.A. (6 euro pro die), da moltiplicare per il numero di 19 giorni intercorrenti tra la data di sospensione del servizio da parte del gestore e la data di riattivazione;

RITENUTO, per quanto sopra esposto, che il computo della misura dell'indennizzo deve necessariamente prescindere dai massimali previsti dall'articolo 24 della 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 infine, che per quanto concerne le spese di procedura, sia equo liquidare in favore dell'istante l'importo onnicomprensivo di Euro 50,00, ai sensi dell'art.19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS, in considerazione del fatto che sia la procedura di conciliazione che di definizione si sono svolte nella medesima città di residenza dell'utente e che lo stesso vi ha presenziato personalmente;

RITENUTO che l'indennizzo 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;

VISTA la proposta della Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Nicola D'Angelo relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

1) In parziale accoglimento dell'istanza formulata in data 18 febbraio 2009 dal sig. Longo, la società H3G S.p.A. è tenuta ad accreditare l'importo pari ad euro 100,00 sull'utenza n. xxxx e pari ad euro 1.300,00 sull'utenza n. yyyy ovvero l'importo pari ad euro 1.400,00 su altra utenza intestata all'istante attiva con il gestore, 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 31.12.2007;

2) La Società H3G S.p.A. è tenuta, altresì, a corrispondere all'utente, mediante assegno bancario, le seguenti somme determinate e calcolate come in motivazione:

- i. euro 114,00, computata moltiplicando l'importo di euro 6,00, pari al parametro giornaliero d'indennizzo previsto dalla Carta Servizi della società H3G S.p.A., per n. 19 giorni di sospensione indebita del servizio telefonico relativo all'utenza n. xxxx, intervenuta tra il 31 dicembre 2007 ed il 18 gennaio 2008;
- ii. euro 50,00 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;

3) La somma così determinata a titolo d'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.

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 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 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, 23 settembre 2010

IL COMMISSARIO RELATORE
Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

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