

DELIBERA n. 73/12/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA GUERRIERI / H3G S.P.A.
(GU14 n. 638/11)**

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 7 maggio 2012;

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*";

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTA la delibera dell'Autorità n. 316/02/CONS, del 9 ottobre 2002, ed il relativo Allegato A, recante "*Adozione del nuovo regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*", e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 173/07/CONS, del 22 maggio 2007, recante "*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti*", e successive modifiche ed integrazioni, ed il relativo Allegato A;

VISTA l'istanza dell'8 giugno 2011 (prot. n. 28826) con la quale il sig. Guerrieri 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 24 agosto 2011 (prot. n. 43806), con cui la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento di cui all'allegato A della delibera n. 173/07/CONS (di seguito "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 stessa in data 4 ottobre 2011;

UDITO il solo operatore nel corso della predetta udienza, in cui non l'istante non è comparso;

VISTA la nota del 13 dicembre 2011 (prot. n. 69930), con la quale la Direzione tutela dei consumatori ha richiesto alla società H3G S.p.A., ai sensi dell'articolo 18, comma 2, del predetto Regolamento, documenti utili alla definizione della controversia;

PRESO ATTO che la Società non ha fornito alcun riscontro alle predette richieste;

VISTA l'ulteriore richiesta del 3 aprile 2012 con cui l'Autorità ha richiesto alla società H3G S.p.A., ai sensi dell'articolo 18, comma 2, del predetto Regolamento, documenti utili alla definizione della controversia;

VISTA la nota dell'operatore del 4 aprile in risposta alla predetta richiesta;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

L'istante ha contestato l'addebito di euro 1.501,38 (fattura n. 990394870 del 9 dicembre 2009) sull'utenza aziendale n. 3938601xxx che aveva in uso per ragioni professionali, nonché la mancata monetizzazione del credito residuo pari a euro 809,17 (di cui euro 55,00 di traffico regolarmente acquistato ed euro 754,17 di traffico maturato in base a formula di autoricarica) presente sull'utenza n. 3928758xxx.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento l'utente ha dichiarato quanto segue:

1. l'istante aveva la materiale disponibilità dell'utenza n. 3938601xxx, intestata al Negozio 3 di via Sestri 61R in Genova, oltre all'utenza n. 3928758xxx intestata a sé stesso;

2. in particolare, la numerazione 3938601xxx era attiva dal 24 febbraio 2003 e veniva utilizzata a fini dimostrativi per l'assistenza dei clienti, essendo attiva in uscita solo verso numerazioni con codice 391, 292 e 393 e priva di servizio dati e servizio di videochiamata;

3. in data 9 dicembre 2009 la società H3G faceva pervenire all'utente una fattura di euro 1.501,38 per i soli consumi maturati a partire dal 1° gennaio 2009;

4. in data 28 dicembre 2009, poi, la società H3G comunicava all'utente di esercitare il diritto di recesso dai contratti aventi ad oggetto, tra le altre, le numerazioni 3938601xxx e 3928758xxx, ai sensi dell'articolo 21.2 delle Condizioni generali di contratto. Contestualmente, metteva in mora l'utente diffidandolo al pagamento dell'importo di euro 1.501,38 relativo alla numerazione 3938601xxx con la causale "Fatturazione traffico extra soglia da gennaio a novembre 2009" ed avviava successivamente la pratica di recupero del credito;

5. tuttavia, il sig. Guerrieri ha precisato di non aver mai né ricevuto un contratto relativo a quell'utenza né di essere mai stato informato delle soglie massime di traffico abbinate all'utenza in discussione;

6. oltre a ciò, sull'utenza n. 3928758xxx – a sé intestata - era presente un credito pari a euro 809,17 (di cui euro 55,00 di traffico regolarmente acquistato ed euro 754,17 di traffico maturato in base a formula di autoricarica) perso al momento della disattivazione della numerazione da parte dell'operatore.

Tutto ciò premesso l'istante chiede: *i*) per l'utenza n. 3938601xxx, l'annullamento della fattura n. 990394870 in quanto le soglie massime di traffico e le modalità per la verifica del suo ammontare non erano da lui conosciute né l'utente aveva mai ricevuto copia del contratto; *ii*) per l'utenza n. 3928758xxx, la restituzione del credito residuo ancora presente al momento della disattivazione.

La società H3G S.p.A., nel corso dell'udienza cui l'utente non ha partecipato, ha dichiarato di avere esercitato il proprio diritto di recesso sancito dall'articolo 21 delle Condizioni generali di contratto e che la somma fatturata di euro 1.501,38, relativa all'utenza n. 3938601xxx, è stata correttamente emessa poiché inerente traffico effettivamente svolto dall'utente. La SIM in possesso dell'utente era semplicemente dimostrativa ed apparteneva all'operatore; il sig. Guerrieri, infatti, deteneva SIM utilizzabili a scopo dimostrativo (tra cui il n. 3938601xxx) in quanto ha lavorato per lungo tempo in nome e per conto di H3G.

II. Motivi della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere parzialmente accolte solo nei limiti di seguito precisati.

Per quanto concerne la richiesta sub *i*), ovvero l'addebito di euro 1.501,38 sull'utenza 3938601xxx, è emerso dagli atti che l'utenza era intestata ad un esercizio commerciale operante per conto di H3G S.p.A. ed aveva scopi dimostrativi. Nel caso di specie, perciò, l'utenza in oggetto non appartiene alla parte istante bensì alla stessa H3G, che ne ha ceduto l'utilizzo a fini meramente dimostrativi. L'uso che il sig. Guerrieri ha, quindi, fatto dell'utenza non è disciplinato da una fonte contrattuale, ma si tratta di un mero potere di fatto. La mancanza di un contratto tra il sig. Guerrieri e la H3G, del resto, è confermata dalla circostanza che il sig. Guerrieri aveva in uso la SIM per perseguire gli scopi sociali della stessa H3G. La presente controversia è, dunque, più facilmente riconducibile ad un'ipotesi di illecito extracontrattuale; più precisamente, si tratta di un arricchimento senza causa (articolo 2041 del Codice civile) poiché il sig. Guerrieri ha tratto indubbio vantaggio dall'utilizzo di una SIM di H3G adibita a fini promozionali, provocando nel contempo uno speculare danno in capo al reale intestatario dell'utenza. Così ricostruita la vicenda, dunque, ne segue che tanto la quantificazione quanto la liquidazione del danno esulano dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione della controversia, *“ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”*, come previsto espressamente dall'articolo 19, comma 4, del Regolamento, con esclusione dunque di qualunque richiesta di risarcimento dei danni patiti. L'annullamento della fattura n. 990394870 (di euro 1.501,38), dunque, è materia sottratta alle attribuzioni dell'Autorità e la relativa richiesta non può essere accolta.

In merito alla richiesta ii), invece, risulta che il credito di euro 809,17, presente sulla SIM abbinata alla numerazione 3928758xxx, era composto da euro 55,00 di traffico regolarmente acquistato ed euro 754,17 di traffico maturato in base a formula di autoriarica. In base a queste premesse si ritiene di accogliere la richiesta nei limiti che seguono.

In linea generale, l'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/2007 prevede che *“I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni”*. Questa disposizione è stata interpretata dalla delibera n. 416/07/CONS di questa Autorità nel senso di riconoscere implicitamente in capo all'utente che recede *“il diritto alla restituzione del credito residuo o alla sua trasferibilità in caso di portabilità, escludendo pertanto che contro la sua volontà l'operatore possa ulteriormente trattenere le relative somme”* (vedi secondo considerato della delibera). La stessa delibera, infatti, diffida gli operatori di telefonia mobile presenti all'epoca sul mercato ad *“ottemperare, entro il termine massimo di 45 giorni dalla notifica della presente, all'obbligo di restituzione del credito residuo in caso di recesso ed a quello di portabilità dello stesso credito in caso di trasferimento dell'utenza presso un altro operatore, ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, predisponendo tutte le attività tecniche e gestionali necessarie all'adempimento dell'obbligo di legge. poi che e, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 40 del 2007”* (articolo 1). Ciò significa che l'istante ha, in linea generale, diritto alla restituzione del proprio credito ove (per qualunque motivo) cessi il rapporto con il proprio operatore mobile. Tuttavia, ciò non vale per il credito derivante da promozioni/bonus/autoricarica. Il credito di tale natura, infatti, deve essere conservato e, qualora venga azzerato, restituito tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore (dunque, generalmente, tramite accredito sull'utenza interessata o su una diversa utenza della stessa rete), ma non può essere né monetizzato né trasferito tra diversi operatori poiché non ha natura monetaria, bensì promozionale o di bonus, e pertanto non può essere considerato “acquistato” dall'utente nel senso previsto dalla legge. Né vale, in senso contrario, la considerazione che il credito promozionale è comunque remunerato (acquistato), per il gestore, dal sistema dei costi di terminazione, poiché trattasi di considerazione che non incide sui rapporti tra utenti e gestori, bensì attiene a rapporti diversi, che non rientrano nell'ambito della tutela prevista dalla legge n. 40/2007 né possono rientrare nell'oggetto delle singole controversie. Ne consegue che la domanda relativa alla possibilità di monetizzare o trasferire interoperatori tale credito deve essere rigettata, anche a prescindere dal fatto che l'operatore abbia fornito o meno un'ideonea informativa al riguardo o abbia differenziato le varie voci di credito (circostanze che, in ipotesi, potranno rilevare sotto

profili diversi). Da tali principi discende che, ove il credito vantato presenti una componente maturata grazie a promozioni/bonus/autoricarica, l'istante non può rivendicarne la monetizzazione o l'accredito sull'utenza appartenente ad altro operatore. Al contrario è del tutto legittima la richiesta di monetizzazione o riaccredito ove esso sia stato legittimamente acquistato.

Così tratteggiata la disciplina, è legittima la richiesta del sig. Guerrieri di riavere il proprio credito limitatamente alla somma di euro 55,00, di cui l'Autorità dispone l'accredito a vantaggio dell'istante. Al contrario, per la somma di euro 754,17, in quanto credito frutto di promozioni/bonus/autoricarica, la richiesta potrà essere accolta solo nei limiti di riaccredito su altra utenza H3G sotto forma di traffico da effettuare.

RITENUTO che l'Autorità non sia competente a giudicare della richiesta di annullamento della fattura di H3G S.p.A. n. 990394870 e relativo storno della somma di euro 1.501,38, come meglio precisato in motivazione e che, pertanto, la richiesta non può essere accolta;

RITENUTO, invece, che il credito regolarmente acquistato di euro 55,00 presente sull'utenza n. 3928758xxx intestata alla società H3G S.p.A. debba essere restituito all'utente e che, pertanto, la Società sarà tenuta a liquidarne l'equivalente in danaro, come meglio precisato in motivazione;

RITENUTO, altresì, che il credito di euro 754,17, in quanto frutto di promozioni/bonus/autoricarica, debba essere riaccredito su altra utenza H3G sotto forma di traffico da effettuare, come meglio precisato in motivazione;

RITENUTO che l'eventuale rimborso del credito riconosciuto da questa Autorità all'esito della procedura debba 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;

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. In parziale accoglimento dell'istanza del sig. Guerrieri, la società H3G sarà tenuta a:
 - i. Liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante, la somma di euro 55,00 pari al credito regolarmente acquistato ancora presente sull'utenza n. 3928758xxx al momento della disattivazione da parte dell'operatore H3G S.p.A.;

- ii. Riaccreditare il credito pari ad euro 754,17, in quanto frutto di promozioni/bonus/autoricarica, su altra utenza H3G sotto forma di traffico da effettuare;
2. La Società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'eventuale, 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, del Regolamento di cui alla 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 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 7 maggio 2012

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Roberto Napoli

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