

DELIBERA N. 94/10/CIR

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

L'AUTORITA',

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti dell'11 novembre e, in particolare, nella prosecuzione del 15 novembre 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" (CCE);

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 (più avanti il Regolamento), ed in particolare il suo articolo 18, comma 4;

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 (acquisita al Prot. 42864 del 14 luglio 2008) con la quale l'utente Placido 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 Prot. 73842 del 21 novembre 2008 di avvio del relativo procedimento, contraddistinto dal n. 1010/08/GU14, con la quale, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, la Direzione tutela dei consumatori ha convocato l'utente all'udienza del 15 dicembre 2008, *"anche al fine di disporre la riunione del procedimento con altri*

pendenti aventi ad oggetto controversie omogenee”, come previsto dall’articolo 18, comma 4, della delibera n.173/07/CONS;

VISTA la memoria inviata dall’utente (acquisita al Prot. 77403 del 10 dicembre 2008 e 78723 del 16 dicembre 2008), nella quale il sig. Placido ha avvisato di non poter presenziare alla udienza come sopra fissata, illustrando e ribadendo al contempo le proprie ragioni e istanze;

UDITO l’operatore H3G S.p.A. nella predetta udienza del 15 dicembre 2008, nel corso della quale, ai sensi dell’art. 18, comma 4, del Regolamento, il procedimento è stato riunito ai procedimenti di risoluzione di controversia avviati nei confronti del medesimo gestore, contraddistinti dai numeri 1046/08/GU14 e 1487/08/GU14, stante l’omogeneità delle questioni illustrate nelle istanze degli utenti;

RITENUTO, tuttavia, all’esito dell’istruttoria, di non confermare tale riunione, considerata la diversità delle questioni da esaminare per la risoluzione della controversia instaurata dal sig. Placido;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L’istante, cliente del gestore H3G S.p.A. dal 28 maggio 2005 (utenza n. xxxx) ha contestato la cosiddetta operazione di “messa in scadenza” del credito da autoricarica per il piano SuperTuaPiù, annunciata con un SMS del 4-5 ottobre 2007, che avvisava gli utenti che il credito da autoricarica maturato fino a tutto il 2006 sarebbe scaduto il 31 dicembre 2007.

In particolare, l’utente ha spiegato di aver accumulato *“in un arco temporale di circa 19 mesi”* oltre 10.000 euro di autoricarica derivanti *“per la maggior parte da messaggi e MMS, ricevuti da utenze di altri operatori telefonici e in misura minore da chiamate voce”* e di aver appreso, tramite l’SMS inviato da H3G S.p.A. il 4-5 ottobre 2007, che tale credito sarebbe scaduto il 31 dicembre 2007.

L’utente ha ritenuto che ciò violasse le disposizioni in materia di divieto di limiti temporali al traffico telefonico previste dalla legge n. 40/2007, cosiddetta Legge Bersani, e comunque le condizioni contrattuali (visto che il credito autoricaricato originariamente non aveva scadenza) ed ha, quindi, dapprima reclamato all’operatore e, successivamente, avviato il tentativo obbligatorio di conciliazione nei confronti del gestore, che si è però concluso con esito negativo.

Instaurato il procedimento di definizione della controversia dinanzi a quest'Autorità, l'utente – che non ha partecipato all'udienza di discussione ma ha fatto pervenire una memoria illustrativa – ha richiesto la restituzione del credito da autoricarica scaduto al 31 dicembre 2007, pari a euro 9.756,77 euro o, quantomeno, il riconoscimento di un importo di autoricarica pari al 70% di quello scaduto, precisando che non avrebbe attivato il contratto con H3G S.p.A. se avesse saputo che il credito da autoricarica poteva avere scadenza (originariamente non prevista) per giunta retroattiva.

H3G S.p.A., in sede di udienza, ha spiegato che l'operazione di “messa in scadenza” del credito da autoricarica (lamentata nel tempo da vari utenti, tra cui anche il sig. Placido) è stata effettuata anche al fine di evitare monetizzazioni derivanti da utilizzi anomali del servizio. Infatti, a fronte di un piano tariffario con logiche di autoricarica pari a 10 centesimi di euro per ogni minuto di traffico voce ricevuto da altri operatori e a 4 centesimi di euro per ogni SMS ricevuto da reti diverse da quelle di H3G S.p.A., molti utenti, tra cui l'istante, avevano accumulato migliaia di euro di autoricarica.

Sul punto H3G S.p.A. ha prodotto una tabella riassuntiva delle somme di autoricarica maturate mensilmente dal ricorrente (peraltro già prodotte dal ricorrente), spiegando che a fronte della disponibilità di un credito da autoricarica di circa 10.000 euro, nel tempo l'utente aveva consumato soltanto alcune centinaia di euro. Il gestore in sostanza ha spiegato che gli importi così accumulati potevano celare comportamenti non conformi all'articolo 12.3 delle Condizioni Generali di Contratto, secondo cui *“Il Cliente si impegna a non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i Servizi per scopo di lucro, anche indiretto. Salvo diversa previsione, i Servizi sono usufruibili esclusivamente a titolo personale e privato (...)”*.

Al riguardo va comunque evidenziato che l'utente ha affermato, nella propria memoria, di aver maturato importi di autoricarica *“compatibili con un uso normale dell'utenza”* e di aver consumato importi ridotti di traffico perché l'utenza veniva utilizzata principalmente per la connessione Internet, essendo lo stesso già titolare di un'utenza per le chiamate in uscita, attestata su diverso gestore.

II. Motivi della decisione.

Per valutare la legittimità o meno della condotta tenuta dal gestore H3G S.p.A. rispetto al credito da autoricarica, si deve innanzitutto ricordare che l'operazione di messa in scadenza di una parte dell'autoricarica maturata con il piano SuperTuaPiù, già nota a quest'Autorità, ha riguardato una percentuale marginale del numero di sottoscrittori di detto piano e, pur avendo in sostanza integrato una novità per chi ne è stato interessato, non è da ricondurre alla fattispecie della modifica delle condizioni contrattuali applicate

da H3G S.p.A., bensì alla disciplina ed alla esecuzione del singolo rapporto utente/gestore.

Infatti, come dichiarato da H3G S.p.A., tale misura è stata posta in essere quale mezzo di tutela nei confronti di quei clienti che l'operatore ha ritenuto aver utilizzato il servizio in maniera non conforme alle condizioni contrattuali.

Questa Autorità ha già ampiamente affrontato (a partire dalla delibera n. 11/09/CIR, che dunque qui si richiama con le precisazioni che seguiranno, nonché nelle successive delibere relative alla medesima operazione di "messa in scadenza" del credito del 4-5 ottobre 2007) la questione della maturazione da parte degli utenti di ingenti somme mensili di autoricarica sul piano SuperTuaPiù e della conseguente forma di "autotutela" prescelta dal gestore H3G.

Nella delibera citata, pur ritenendo l'inidoneità contrattuale e la carenza di trasparenza della misura posta in essere dal gestore, l'Autorità ha chiarito la "corresponsabilità" di entrambe le parti nell'alterazione della causa del rapporto, che si verifica qualora l'utente, traendo vantaggio dall'assenza di limiti o tetti apposti dal gestore all'autoricarica maturabile mensilmente, utilizza il servizio di utenza per accumulare bonus di credito, in maniera sostanzialmente avulsa dalla sua naturale funzione economico-sociale, che consiste nello scambio tra un servizio di comunicazione interpersonale ed un corrispettivo, e non nell'autoricarica.

L'Autorità, già in quella occasione (e nelle successive fino ad oggi esaminate), applicando le norme contrattuali di H3G S.p.A., complessivamente improntate ad un canone di "uso normale" e ragionevole del servizio, per risolvere le controversie insorte sugli importi di autoricarica maturati dagli utenti, ha individuato un parametro di *uso normale del diritto scaturente dal contratto di utenza* (corrispondente ad un massimo di 6 ore giornaliere di telefonate in ricezione).

Tale parametro (tarato sulle ore di ricezione di traffico voce) non è tuttavia utilmente applicabile, perlomeno non nella sua interezza, per la definizione della controversia di cui alla presente delibera, nella quale, diversamente dai casi già citati, decisi da questa Autorità, l'utente ha dichiarato espressamente di aver accumulato autoricarica derivante *"per la maggior parte da messaggi e MMS, ricevuti da utenze di altri operatori telefonici, e in misura minore da chiamate voce"*.

Ne consegue che la decisione va basata anche su un parametro diverso, relativo all'uso normale del diritto con riferimento alla ricezione di SMS, avendo naturalmente riguardo alle particolarità legate all'uso degli SMS. Si potrà poi comunque tener conto del fatto che *"in misura minore"* l'autoricarica è stata maturata anche tramite la ricezione di traffico voce (che aveva una logica di autoricarica più favorevole per gli utenti) e si potrà dunque utilizzare, in parte, il parametro già come sopra deciso dall'Autorità.

Ciò premesso, rispetto alla individuazione del limite massimo giornaliero di uso normale del servizio di SMS può soccorrere l'esperienza già compiuta da quest'Autorità in occasione della approvazione della regolamentazione a tutela degli utenti sordi (delibera n. 514/07/CONS, articolo 3, comma 1).

Al riguardo si ricorda che i sordi, a causa delle peculiarità della loro minorazione, utilizzano i servizi su reti mobili esclusivamente per la trasmissione dati (per esempio SMS e MMS), effettuando, conseguentemente, significativi volumi di traffico dati sulla propria utenza.

Per questo motivo l'Autorità, dopo un'approfondita istruttoria in contraddittorio anche con le Associazioni di categoria, che hanno rappresentato e quantificato le esigenze e le abitudini di consumo degli utenti sordi, è intervenuta con le norme citate, disponendo – per quanto qui interessa – che ogni operatore di rete mobile deve predisporre un'offerta per utenti sordi che preveda l'invio gratuito di 50 SMS al giorno verso tutti.

Tale quantificazione numerica delle esigenze comunicative degli utenti sordi può oggi essere di utile riferimento per calcolare il numero di SMS che un utente, non necessariamente sordo, ma con una forte propensione all'utilizzo del servizio (come ammette di essere stato l'istante), potrebbe ragionevolmente ricevere nell'arco di una giornata. Si tratta infatti di presumere, con argomentazioni che sono condivisibili in base alla comune esperienza, che ad ogni SMS inviato corrisponda un SMS ricevuto, o viceversa, con la conseguenza che, sulla base della stima allora effettuata, pari ad un massimo di 50 SMS inviati al giorno da un utente sordo (per un totale di 1.500 SMS al mese), si può affermare che nello stesso periodo di tempo un utente potrebbe – davvero al più – ricevere e leggere altrettanti SMS in entrata.

Si ritiene, quindi, che il parametro descritto sia più che equo: è infatti innegabile che sulle reti mobili gli utenti sordi abbiano una propensione al consumo dei servizi dati più elevata della media degli utenti, pertanto il numero di 1.500 SMS al mese in ricezione è certamente idoneo a comprendere anche le esigenze di elevato consumo di utenti evoluti o “alto spendenti”.

A questo punto, tuttavia, si deve tener conto del fatto che l'utente ha specificato di aver maturato l'autoricarica anche tramite la ricezione di traffico voce. Ne consegue che la quantificazione (come sopra calcolata) di SMS che lo stesso poteva utilemente ricevere in un mese deve essere necessariamente ridotta, non potendo certo immaginarsi che un utente che riceva (e dunque legga) fino a 1500 SMS possa al contempo usare la linea in ricezione.

Sulla base delle affermazioni dell'utente (l'autoricarica è derivata “*in misura minore*” da traffico voce) può allora ragionevolmente e equamente ritenersi che il rapporto tra l'uso dei servizi voce e dati fosse pari a 1/3.

Ne consegue che il limite massimo di SMS andrà proporzionalmente ridotto (da 1.500 SMS a 1.000 SMS), contestualmente presumendo che l'utente abbia anche utilizzato l'utenza per almeno 2 ore al giorno in ricezione di traffico voce, vale a dire per un tempo pari a 1/3 del parametro di uso normale del diritto già individuato dall'Autorità in altre delibere di definizione controversia.

Ciò premesso, si precisa che in base alle logiche di autoricarica del piano tariffario SuperTuaPiù attivo sulla utenza dell'istante (4 eurocent per ogni SMS e 10 eurocent per ogni minuto di traffico voce) la ricezione di 1.000 SMS e di 2 ore al giorno di traffico voce poteva permettere l'accumulo mensile di 400,00 euro di autoricarica.

Ne consegue che, per comprendere quale sia l'importo di autoricarica da restituire all'utente istante, l'unico calcolo ad oggi possibile consiste nel verificare (tramite le tabelle di autoricarica fornite dal gestore e dal sig. Placido, che sostanzialmente coincidono) quali siano i mesi in cui la predetta soglia sia stata superata, così da calcolare l'eccedenza accumulata in maniera non conforme al contratto, che dovrà essere sottratta dal totale del credito fatto scadere il 31 dicembre 2007.

Il calcolo da effettuare è il seguente: dall'importo di euro 9.756,77, scaduto il 31 dicembre 2007, si deve sottrarre l'importo di 5.090,60 pari alle eccedenze maturate nei mesi di agosto, settembre, ottobre, novembre e dicembre 2005 e di gennaio, febbraio, marzo, aprile, maggio e agosto 2006. La somma da riconoscere all'utente è pari a euro 4.666,17 (quattromilaseicentosessantasei/17).

RITENUTO, per quanto precede, che la domanda proposta dal Sig. Placido sia accogliere nel senso esplicito, con affermazione del diritto dello stesso ad ottenere la restituzione parziale del credito da autoricarica fatto scadere dal gestore H3G S.p.A;

CONSIDERATO, inoltre, che, stante la reciproca soccombenza, le spese di procedura possano essere integralmente compensate, anche in considerazione del fatto che l'utente non ha comunque presenziato all'udienza dinanzi all'Autorità;

RITENUTO, infine, che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono 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 Nicola D'Angelo, relatore ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento;

DELIBERA

L'accoglimento, nei limiti di quanto esplicito nelle premesse del presente provvedimento, dell'istanza formulata dall'utente sig. Placido. La società H3G S.p.A. è pertanto tenuta a riconoscere in favore dello stesso, tramite accredito di traffico bonus, la somma di euro 4.666,17 (quattromilaseicentosessantasei/17).

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.

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'articolo 19 della delibera 173/07/CONS, la presente delibera costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del D.Lgs. 259/2003; la società è pertanto tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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.

Roma, 15 novembre 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Nicola D'Angelo

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola