

DELIBERA n.	47/2015
TITOLO	2013.1.10.21.1146 2015.1.10.4.1
LEGISLATURA	X

Il giorno 28 luglio 2015 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il Corecom dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIOVANNA COSENZA

Presidente

MARINA CAPORALE

Vicepresidente

MAURO RAPARELLI

Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA X COSTA E H3G X



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.6377 – 527.6597

email corecom@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

Vista la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "*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, recante "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

Visto il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

Vista la legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*";

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)*", in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed integrazioni, di seguito "Regolamento";

Vista la delibera Agcom n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante "*Regolamento in materia dei indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*", di seguito "Regolamento indennizzi";

Vista la delibera Agcom n. 276/13/CONS, dell'11 aprile 2013, recante "*Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*";

Vista la sentenza Tribunale di Milano n. 4951/2012;

Vista l'ordinanza Tar Lazio n. 1623/2013;

Viste le delibere Agcom nn. 43/08/CIR, 562/12/CONS, 35/14/CIR, 46/14/CIR, 59/14/CIR, 91/14/CIR;

Viste le Delibere Corecom Lombardia nn. 27/14, 12/15 e Corecom Friuli Venezia Giulia n. 14/14;

Visto lo “*Accordo quadro tra l’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome*”, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

Vista la “*Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni*”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

Visti gli atti del procedimento;

Vista la relazione e la proposta di decisione della Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini (NP.2015.1464);

Udita l’illustrazione svolta nella seduta del 28/07/2015;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell’istante

L’istante lamenta di aver subito da parte di H3g X (di seguito H3g) la messa in scadenza del credito da autoricarica accumulato sull’utenza mobile n. X. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell’audizione, l’istante dichiara quanto segue:

- di aver stipulato il contratto con H3g nel 2005, con piano tariffario “SuperTuaPiù”;
- di aver accumulato sull’utenza *de qua* nel corso degli anni un credito ammontante a complessivi euro 837,18, che risultava indistinto tra credito acquistato e credito autoricaricato, non a scadenza e senza possibilità di verificare le ricariche effettuate;
- di aver richiesto all’operatore sia tramite fax del 09.10.2012 che a mezzo raccomandata a/r del 19.10.2012, entrambi rimasti senza riscontro, lo storico dei pagamenti effettuati e lo storico delle somme derivanti da autoricarica;
- di aver ricevuto da H3g una comunicazione circa la messa a scadenza del proprio credito da autoricarica al 31.12.2013.

In base a tali premesse, l’utente richiede:

- a) che il credito presente sulla sim non abbia scadenza;
- b) il ripristino del piano tariffario iniziale, senza scadenza;

- c) il rimborso delle spese sostenute (per raccomandate, fax, richiesta di documentazione al gestore, giorni persi) per euro 200,00;
- d) un indennizzo.

2. La posizione dell'operatore

La società H3g, con propria memoria difensiva, chiede il rigetto delle domande dell'istante precisando quanto segue:

- l'utenza X è stata attivata il 21.11.2005 con piano tariffario "SuperTuaPiù";
- il profilo tariffario del Sig. Costa nel 2007 è stato variato dapprima in "Super 0" e poi in "SuperTuaPiù 2007" e a quest'ultimo piano nel 2008 è stata abbinata la promozione "SuperTuaPiù Promo Speciale 2008";
- a causa delle "modifiche delle condizioni di mercato" il gestore ha proceduto alla rimodulazione dei piani tariffari esistenti "in stretta osservanza di quanto disposto dall'art. 70, IV comma del Codice delle comunicazioni" elettroniche ed in applicazione dell'art. 22 delle Condizioni generali di contratto comunicando all'utente via sms a fine luglio 2012 che "il credito promozionale maturato sino alla data del 30.11.2012 sarebbe scaduto il 31.12.2012";
- tramite il medesimo sms di cui al punto che precede il gestore ha comunicato anche che "la promozione "SuperTuaPiù Promo Speciale 2008" sarebbe cessata dal 1° dicembre 2012, tornato in vigore le condizioni economiche di offerta valide prima dell'attivazione delle promozione medesima";
- quest'ultima comunicazione non ha costituito alcuna rimodulazione ai sensi dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, "atteso che il ripristino delle previgenti condizioni tariffarie è conseguenza normale ed ovvia dell'avvenuta scadenza" della promozione;
- il credito presente sulla sim, pari a euro 317,93, è composto per euro 307,93 da credito derivante da autoricarica;
- alla data del 31.12.2013 avrebbe proceduto alla decurtazione del credito derivante da autoricarica.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte devono essere respinte come di seguito precisato.

1. Preliminarmente deve rigettarsi l'eccezione in rito mossa da parte convenuta circa l'improcedibilità dell'istanza di definizione ex art. 14, comma 4 del Regolamento. Infatti parte istante ha indicato nell'apposita sezione del Formulario Gu14 la sede e la data dell'eserito tentativo di conciliazione allegando all'istanza copia del relativo verbale; peraltro i medesimi dati risultano anche agli atti di codesto Corecom (svolgimento dell'udienza di conciliazione in data 28.01.2013 con esito negativo, verbale prot. n. 4121 del 28.01.2013).
2. La presente controversia riguarda la rimodulazione del piano tariffario, operata dal gestore attraverso la messa in scadenza del credito maturato sulla sim a titolo di autoricarica. Secondo il più risalente e consolidato orientamento dell'Autorità (cfr. delibera n. 43/08/CIR e successive conformi), che fa applicazione delle disposizioni contenute nella legge n. 40/2007, i crediti derivanti da autoricarica non sono da considerarsi rimborsabili, poiché la loro natura non è monetaria, ma in genere promozionale o di bonus e i relativi importi corrispondono al traffico riconosciuto dal gestore, nei limiti normativamente e contrattualmente previsti. Il profilo che rileva però in modo peculiare nel caso di specie, che ha condotto all'emanazione delle diverse pronunce che di seguito si richiameranno e all'orientamento dell'Autorità che ne è seguito, attiene non tanto alla natura del credito da autoricarica quanto piuttosto alle modifiche delle condizioni contrattuali apportate unilateralmente dall'operatore in relazione al credito accumulato con autoricarica: se cioè esse siano state o meno esercizio dello *ius variandi* in capo all'operatore e se l'utente sia stato informato "con adeguato preavviso" di tali modifiche e, nel contempo, del suo "diritto di recedere dal contratto senza penali" qualora non intendesse accettare le nuove condizioni, come dispone il Codice delle comunicazioni elettroniche. Nel caso di specie attraverso la promozione "Promo Speciale 2008", attivata sul piano tariffario esistente "SuperTuaPiù2007" in data 01.02.2008, il Sig. Costa ha potuto accumulare credito bonus per euro 307,93 (come risulta dal print screen prodotto dal gestore che mostra lo stato della sim e il credito ivi presente) attraverso il meccanismo dell'autoricarica in funzione del traffico voce e dei messaggi di testo ricevuti. H3g ha rappresentato di aver posto in essere una rimodulazione dei piani tariffari esistenti nel rispetto di quanto disposto dall'art. 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche e dell'art. 22 delle Condizioni generali di contratto. L'operatore ha reso noto infatti agli utenti interessati che il credito promozionale maturato sino alla data del 30 novembre 2012 sarebbe scaduto il 31 dicembre. Contestualmente H3g ha avvisato che la promozione "Promo Speciale 2008", offerta

gratuitamente alla clientela per un periodo di tempo determinato e più volte prorogata nel corso del tempo, sarebbe cessata dal 1° dicembre 2012 tornando in vigore le condizioni economiche di offerta valide prima dell'attivazione della promozione medesima. Dall'istruttoria condotta emerge che il Sig. Costa ha effettivamente ricevuto la citata comunicazione via sms il giorno 26.07.2012, come lui stesso ha ammesso nell'istanza di conciliazione assunta agli atti (prot. n. 28623 del 26.07.2013). In pari data la stessa comunicazione - in riscontro alla richiesta di informazioni dell'utente - è stata trasmessa al Sig. Costa anche via e-mail: essa conteneva l'informativa sia in merito alla messa in scadenza del credito da autoricarica accumulato sulla sim grazie alla "Promo Speciale 2008" sia in merito alla corrispettiva facoltà di recedere gratuitamente dal contratto. In un secondo momento l'operatore ha avvisato i propri clienti che i termini di scadenza del credito da autoricarica sarebbero stati prorogati e resi più ampi e che quindi il credito non sarebbe più scaduto a fine 2012, ma alla fine dell'anno successivo (31 dicembre 2013), come è effettivamente avvenuto. Anche di questa proroga il Sig. Costa è stato informato nel dicembre 2012 e in seguito anche in occasione dell'udienza di conciliazione del 28.01.2013 dal cui verbale (prot. n. 4121 del 28.01.2013) risulta la seguente dichiarazione: "H3g dà atto di non aver decurtato al 31/12/2012 il credito da autoricarica non ancora fruito. L'utente, oltre al termine già maturato dal preavviso dato in luglio 2012, beneficerà quindi per l'utilizzo di detto credito di un ulteriore termine che H3g spa gli comunicherà prossimamente, con scadenza in ogni caso non antecedente al 31/12/2013". Tale proroga è stata posta in essere dall'operatore in ottemperanza alla delibera Agcom n. 562/12/CONS del 21 novembre 2012 con la quale l'Autorità ha considerato che l'operazione di messa in scadenza del credito autoricaricato non può ritenersi esercizio del cosiddetto *ius variandi* riconosciuto agli operatori in relazione alla modifica delle condizioni economico-contrattuali, dal momento che detta operazione va ad incidere su un credito oramai maturato dagli utenti nel corso del rapporto contrattuale con la medesima società, mentre la possibilità di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali non può che incidere sul rapporto *pro futuro*. L'Agcom, attraverso la predetta delibera, ha diffidato H3g dal porre in scadenza il credito da autoricarica maturato dagli utenti se prima non avesse concesso loro un termine più congruo rispetto a quello già riconosciuto (luglio 2012 – dicembre 2012) per poterlo consumare, ossia se non avesse concesso un termine pari a quello in cui il relativo credito era stato accumulato (quadriennio 2008-2012) per consentire agli utenti di fruire, secondo le ragionevoli esigenze di consumo, del credito residuo. L'Autorità ha anche previsto che

l'operatore avrebbe dovuto comunicare a tutti gli utenti interessati da detta operazione la possibilità per essi di continuare a godere del credito da autoricarica residuo, anche successivamente al 31 dicembre 2012, come effettivamente avvenuto. L'operatore quindi, dopo aver disposto la proroga del termine di consumo del credito bonus e provveduto a informarne gli utenti, incluso il Sig. Costa, ha successivamente ritenuto di impugnare la predetta delibera con istanza di sospensiva al Tar Lazio. Tale organo giurisdizionale, con ordinanza n. 1623 del 10 aprile 2013 passata in giudicato, ha accolto la domanda cautelare di H3g e sospeso parzialmente la delibera dell'Autorità "laddove la contrasti", ossia "nella parte in cui prevede di non porre a scadenza il credito autoricaricato, maturato dagli utenti in virtù dell'adesione all'offerta" (cfr. delibera Agcom n. 46/14/CIR): la decisione assunta dall'operatore di recedere *pro futuro* dall'offerta promozionale in questione è stata considerata legittima, mentre è stato ritenuto congruo il termine di soli dodici mesi entro il quale utilizzare l'intero credito da autoricarica posseduto alla data di cessazione dell'offerta, decorrente dalla comunicazione dell'operatore ai propri clienti. Veniva così accertato dalla giurisprudenza amministrativa, in definitiva, il diritto di H3g di intervenire sul credito maturato come bonus da autoricarica mediante l'apposizione di una scadenza temporale per la fruizione nel rispetto delle concrete modalità di informativa e dei termini stabiliti dalla giurisprudenza. Questo indirizzo dei giudici amministrativi, che risultava peraltro già tracciato dal Tribunale di Milano, Sezione I Civile, con sentenza n. 4951/2012, è oggi adottato dall'Autorità nelle più recenti delibere (si vedano *ex multis* n. 35/14/CIR, n. 46/14/CIR, n. 59/14/CIR, n. 91/14/CIR) e seguito dai Corecom (si vedano *ex multis* le delibere n. 27/14, n. 12/15 del Corecom Lombardia e la delibera n. 14/14 del Corecom Friuli Venezia Giulia). Nel caso *de quo*, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria H3g ha correttamente comunicato all'utente la messa in scadenza del credito frutto di autoricarica, secondo l'art. 22 delle Condizioni generali di contratto che consentono al gestore di "modificare le caratteristiche tecniche dei Servizi UMTS nonché le Condizioni Generali di Contratto, la Carta dei Servizi ed i regolamenti di servizio, per sopravvenute esigenze tecniche ed organizzative di carattere generale, quali, a titolo esemplificativo, la sopravvenuta inadeguatezza della SIM o delle caratteristiche dei Servizi UMTS, mutamento del quadro normativo e/o regolamentare, nonché di proporre modifiche ai Piani Tariffari, dandone comunicazione al Cliente a propria scelta mediante raccomandata a.r., posta ordinaria, posta prioritaria, SMS, MMS, e mail ed indicandone le specifiche ragioni. Tali modifiche saranno efficaci trascorsi 30 (trenta) giorni dal ricevimento da parte del Cliente della predetta comunicazione". Nulla

può essere pertanto imputato all'operatore per aver messo a scadenza il credito telefonico derivante da autoricarica in conformità al termine di consumo stabilito dalla giurisprudenza. Sulla base dell'arresto giurisprudenziale di cui si è dato conto e in applicazione dell'orientamento dell'Autorità espresso attraverso le pronunce emesse tanto dall'Agcom quanto dai Corecom dal quale questo Comitato non può discostarsi (si veda sul punto quanto previsto dalle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, III.7.1), le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte. Esse verranno trattate singolarmente ai punti che seguono.

3. Devono innanzitutto respingersi le domande sub a e sub b. Con la domanda avanzata sub a l'utente chiede che il credito presente sulla propria sim non abbia scadenza e con la domanda avanzata sub b chiede il ripristino del piano tariffario iniziale, senza scadenza. Se valutate innanzitutto secondo il loro tenore letterale, non è possibile accoglierle posto che ciò che con esse l'istante chiede al Corecom è sostanzialmente di ordinare un *facere* nei confronti dell'operatore che non rientra nel possibile oggetto della decisione amministrativa della controversia ai sensi dell'art. 19 del Regolamento, che prevede che l'oggetto della pronuncia riguardi esclusivamente la liquidazione di indennizzi e/o il rimborso - storno di somme non dovute. Evidentemente poi, anche interpretandole secondo il loro "significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare" secondo quanto previsto dalle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS (III.1.2), le domande non possono che essere rigettate in ragione di tutto quanto esposto e richiamato nel merito al punto che precede.
4. Venendo alle altre richieste di parte istante, alla medesima conclusione di rigetto si deve giungere anche rispetto alla domanda di indennizzo formulata sub d in ragione del fatto che innanzitutto essa appare del tutto generica. Oltre a ciò deve rilevarsi che la fattispecie in esame non dà luogo di per sé al diritto dell'utente di vedersi riconosciuto un indennizzo posto che esso dovrebbe essere riconosciuto facendo ricorso ad analogia – non essendo prevista dal Regolamento indennizzi una specifica tipologia applicabile alla controversia in esame - e che la valutazione del concreto disagio patito deve conseguentemente essere fatta caso per caso. Nel caso di specie non solo non appare esservi titolo per riconoscere un indennizzo, ma in tutti i casi dal rigetto delle domande relative alla rimodulazione tariffaria e alla messa in scadenza del credito, formulate sub a e sub b e trattate al punto che precede, non può discendere altra conclusione se non il rigetto anche della relativa richiesta indennitaria avanzata sub d. Quanto infine alla richiesta di rimborso delle spese, di cui alla

domanda sub c, si ritiene necessario precisare quanto segue. L'istante avanza una richiesta complessiva di euro 200,00 a un duplice titolo: da un lato il rimborso delle spese sostenute e dall'altro il ristoro per il disagio derivante dai "giorni persi". Le spese per i "giorni persi" non possono essere considerate giustificate nel presente procedimento perché non rientrano né nel concetto di spese di procedura ivi previsto all'art. 19, comma 6 del Regolamento né nel possibile ambito oggettivo della pronuncia di definizione amministrativa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento – sopra richiamato - ma piuttosto afferiscono all'ambito del risarcimento del danno che non è di competenza dell'Autorità (v. a tal proposito le Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, III.1.3). Al contrario è previsto dal Regolamento il rimborso delle spese di procedura purché la quantificazione delle stesse rispetti i criteri di equità e proporzionalità. Nel caso di specie però, in conseguenza del rigetto integrale delle domande, deve procedersi ad una chiusura del procedimento a spese compensate.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa del presente atto espresso dalla Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini, il Corecom, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

1. Rigetta l'istanza di X Costa nei confronti di H3g X per le motivazioni di cui in premessa.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

Il Segretario
Dott.ssa Primarosa Fini

La Presidente
Prof.ssa Giovanna Cosenza