

DELIBERA DL/122/14/CRL/UD del 15 dicembre 2014

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

R. M./H3G S [REDACTED]

IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 15 dicembre 2014;

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*", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "*Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni*" e successive modificazioni e integrazioni;

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

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1 gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 2 aprile 2013, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/149/2013, con cui il sig. R. M. ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società H3G S [REDACTED] (di seguito, per brevità, "H3G");

VISTA la nota del 8 aprile 2013 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 24 aprile 2013 con la quale H3G ha presentato la memoria difensiva;

UDITE tutte le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

L'utente ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- Il 4 luglio 2012, H3G sottraeva dalle 3 Usim credito residuo, e precisamente: Euro 1.820,64 dal credito di Euro 1.920,64 della Usim n. XXXXX21590; Euro 91,80 dal credito di Euro 139,80 della Usim n. XXXXX40092; Euro 97,00 dal credito di Euro 127,00 della Usim n. XXXXX40091;
- Il credito era costituito da credito effettivamente ricaricato e credito derivante da autoricarica maturata con il piano tariffario SuperTua Più, senza scadenza, e già accreditato nei mesi precedenti al cambio piano verso Super7;
- A seguito di reclamo, H3G informava l'utente con sms che la richiesta di restituzione non poteva essere accolta, in quanto l'importo di autoricarica maturato era usufruibile sino al 30 giugno 2012, come era stato comunicato a tutta la clientela;
- I numerosi successivi reclami rimanevano senza esito;
- con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva la restituzione, tramite assegno o riaccredito sulle Usim, del credito residuo delle tre Usim e un indennizzo di Euro 500,00 per il disagio;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente insisteva nelle domande. L'operatore non accoglieva la proposta e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- con l'istanza di definizione, l'utente reiterava le domande;
- con memoria del 24 aprile 2013, H3G dichiarava di aver legittimamente decurtato il credito contestato nel rispetto delle pattuizioni contrattuali e precisava che tra il 29/30 maggio 2009 l'istante aveva chiesto il cambio del piano tariffario abbinato alle tre usim, passando dall'originario SuperTua Più al Super 7. Tale piano prevedeva un meccanismo di autoricarica "*corrisposta nel mese solare successivo a quello di maturazione, a condizione che si raggiunga una soglia minima di Euro 5,00 fino ad un massimo di Euro 5.000,00 e scade il 31 dicembre 2011*". A seguito della variazione del piano, anche il credito derivante dal sistema di autoricarica già presente sulle usim era dunque diventato credito a scadenza, da consumarsi entro la fine del 2011. Diversamente infatti il profilo abbinato all'utente sarebbe stato "ibrido", prevedendo l'applicazione dei costi del nuovo piano tariffario da un lato, e il mantenimento, per il credito da autoricarica dall'altro, di caratteristiche proprie del precedente piano tariffario. Peraltro, H3G, comunicandolo a tutta la clientela, aveva esteso al 30 giugno 2012 i termini per fruire del credito derivante da autoricarica accumulata. Decorso tale termine, aveva provveduto alla decurtazione del solo credito derivante da bonus, promozioni ed autoricariche. Precisava inoltre che l'utenza XXXXX21590 presentava un credito residuo di Euro 99,60, di cui Euro 79,60 maturato tramite autoricarica; l'utenza XXXXX40092 un credito residuo di Euro 48,00, di cui Euro 22,50 maturato

tramite autoricarica; l'utenza XXXXX40091 un credito residuo di Euro 30,00 di cui Euro 5,00 maturato tramite autoricarica. Chiedeva il rigetto della domanda di ristoro dei disagi subiti, perché non provata e non demandabile ex art. 19 Delibera 173/07/CONS all'Autorità adita, nonché delle spese di procedura. Per mero spirito conciliativo proponeva l'erogazione di una ricarica di Euro 50,00 su ciascuna usim;

- all'udienza di discussione le parti si riportavano ai propri scritti.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

2.2. Nel merito.

Sulla domanda di restituzione del credito residuo

L'istante lamenta la decurtazione da tre usim di credito residuo, effettuata da H3G il 4 luglio 2012, nonostante non fosse prevista alcuna scadenza nell'utilizzo.

L'operatore dichiara di aver legittimamente decurtato il credito, in quanto, a seguito del nuovo piano tariffario prescelto dall'utente, il credito da autoricarica aveva scadenza il 31 dicembre 2011, poi prorogata al 30 giugno 2012.

E' pacifico che alle Usim dell'utente fosse abbinato, sino al 29/30 maggio 2009, il piano SuperTuaPiù 2007 e, dal 29/31 maggio 2009, il profilo Super7. E' altresì documentato che nel piano SuperTuaPiù non era prevista alcuna scadenza per il credito derivante da autoricarica, mentre nel piano Super7 il credito da autoricarica aveva validità sino al 31 dicembre 2011, poi prorogata al 30 giugno 2012.

Dagli screenshot dell'area clienti H3G risulta la presenza alla data del 18 giugno 2012 di un credito di "ricarica standard" di Euro 1.921,09, di Euro 139,80, di Euro 127,00. La decurtazione dei crediti derivanti da bonus, promozione e autoricariche effettuata il 4 luglio 2012 è ammessa da H3G.

In ordine alla legittimità dell'operazione di messa a scadenza del credito promozionale maturato in base al piano tariffario "*SuperTua Più*" occorre fare una premessa.

La possibilità di variare unilateralmente le condizioni di fruizione del credito da autoricarica – purchè accompagnata dalle garanzie in tema di preavviso e facoltà di recesso gratuito ex art.70, comma 4 del d.lgs. n.249/97 e da un termine temporale congruo per il consumo del credito messo a scadenza - così come affermato dalla giurisprudenza di legittimità nonché dalla Delibera Agcom n.562/12/CONS, trae origine dalla decisione di H3G, nel luglio 2012 di rimodulare a tutta la clientela l'offerta "*Promo SuperTua Più (2008)*", con ritorno alle condizioni del piano tariffario antecedente con decorrenza 1.12.2012. A tale fine il gestore ha affermato di aver avvisato gli utenti mediante SMS della variazione, con le tutele di legge.

Anche a seguito della Delibera Agcom n. n.562/12/CONS, con la quale il gestore veniva diffidato a porre in scadenza il credito (se non con possibilità di fruizione dello stesso nel quadriennio successivo) il gestore ha prorogato la suddetta scadenza al 31.12.2013.

Infine, a seguito di impugnativa della delibera Agcom, con ordinanza cautelare n. 01623/2013 e 01371/2013 (e di cui alla successiva sentenza n.08361/2014), il Tar del Lazio ha sostanzialmente riconosciuto la correttezza dell'operazione a condizione che sia subordinata ad un termine congruo per l'utilizzo del credito, quantificato in 12 mesi dall'avviso del gestore.

Ciò premesso occorre evidenziare che il caso oggetto della presente controversia esula dalle vicende di cui sopra sia in termini cronologici che fattuali.

La messa a scadenza del credito dell'utente M. infatti, si colloca anteriormente e con riferimento a piani tariffari diversi da quelli interessati dalla operazione di rimodulazione contrattuale del luglio 2012 con messa a scadenza del credito alla data del 31.12.2012, poi prorogata al 31.12.2013.

L'utente infatti, già titolare del piano "SuperTUa Più 2007", come reciprocamente riconosciuto da entrambe le parti, ha richiesto volontariamente di aderire al piano "Super 7" (con diversa logica di autoricarica e scadenza prevista *ab initio* al 31.12.2011), previo accertamento specifico circa le condizioni praticate per l'utilizzo del credito maturato in base al piano precedente ("SuperTua Più 2007"); non è dunque stato messo nelle condizioni di recedere onde non incorrere in una riforma *in pejus* delle condizioni contrattuali, bensì ha esercitato una libera scelta di convenienza sulla base delle informazioni assunte direttamente presso il gestore.

Ciò premesso, la domanda dell'utente è fondata per la seguente ragione.

Nella fattispecie, rilevano i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni contrattuali, e, in particolare, quanto prescritto dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile rispettivamente in materia di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, principi che, vista la natura professionale del soggetto coinvolto, devono essere interpretati, in conformità a quanto previsto dall'articolo 1176 del codice civile, con particolare rigore. L'art. 1176, comma 2, del codice civile, difatti, graduando la violazione della diligenza sulla natura dell'attività esercitata, esige dall'operatore professionale un grado di perizia qualificata nell'adempimento delle obbligazioni.

Con riferimento a queste ultime disposizioni, il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, "*si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) 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*" (Cass., n. 5240/2004; *ex plurimis*, Cass., n. 14605/2004).

Quindi, il dovere di buona fede non è solo sinonimo di astensione dal porre in essere atti lesivi degli interessi di controparte, ma deve essere interpretato come un obbligo propositivo di una parte di porre in essere tutte quelle attenzioni volte ad evitare il pregiudizio delle posizioni dell'altro contraente.

Nel caso in esame, la condotta di H3G non è stata conforme ai principi di correttezza e buona fede ora esposti.

Risulta infatti che, alla data del 28-30 maggio 2009, l'utente scrisse al Servizio Clienti 3, chiedendo specificamente di chiarire se, qualora avesse attivato il piano Super7, al 31 dicembre 2011 (data di validità dell'autoricarica secondo il nuovo piano), sarebbe stata azzerata solo l'eventuale autoricarica maturata con detto piano, oppure sarebbe stata azzerata anche l'autoricarica maturata e già accreditata nei mesi precedenti, con il piano tariffario SuperTuaPiù.

La risposta del Servizio Clienti è stata testualmente: *“In merito alla sua e mail del 30 maggio 2009, la informiamo che il bonus con scadenza 31/12/2011 è quello maturato con il piano Super7”*.

Dal tenore della risposta, quindi, l'utente è stato legittimamente indotto a ritenere che l'unico credito da autoricarica con scadenza 31/12/2011 sarebbe stato quello maturato con il piano Super7, e non anche quello già maturato con il precedente profilo SuperTuaPiù.

Si evidenzia inoltre che, dagli screenshot in atti, il credito presente sulle usim alla data del 18 giugno 2012 era qualificato come “Ricarica Standard” e non come credito a scadenza, con ciò ingenerando ulteriormente nell'istante la legittima convinzione che si trattasse del credito maturato sotto il precedente piano, privo di scadenza.

Deve pertanto concludersi che H3G, decurtando alla scadenza prevista dal piano Super7 l'intero ammontare del credito maturato dall'utente anche sotto la vigenza del precedente profilo, a fronte invece di diverse informazioni appositamente fornite su richiesta dell'utente, non abbia improntato la propria condotta al rispetto dei principi normativi sopra menzionati e del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Spetta pertanto all'istante il rimborso delle somme decurtate da H3G e da questa espressamente riconosciute come solo credito derivante da bonus, promozioni e autoricariche.

Non avendo il credito de quo natura monetaria, bensì promozionale o di bonus, e non potendo pertanto considerarsi acquistato dall'utente, lo stesso non può essere monetizzato e andrà restituito all'istante tramite accredito sull'utenza interessata, di:

- Euro 1.820,64 sull'utenza XXXXX21590
- Euro 91,80 sull'utenza XXXXX40092
- Euro 97,00 sull'utenza XXXXX40091
-

Quanto alla tempistica per la fruizione della somma da riaccreditare, non può che farsi riferimento al termine ritenuto congruo dal Tar del Lazio con l'ordinanza cautelare citata, ovvero di 12 mesi dalla comunicazione del gestore di messa a scadenza.

Nè tale termine può ridursi proporzionalmente in virtù della proroga già disposta dal gestore alla data del 30.6.2012 e di cui l'utente ammette di essere stato avvisato; infatti, in mancanza di prova circa il testo dell'avviso inoltrato all'utente M. e sulla base delle informazioni precontrattuali da questi ricevute, è ragionevole la sua presunzione che la proroga riguardasse sempre e solo il credito maturato in vigenza del nuovo profilo “Super 7”.

Viene invece rigettata la domanda dell'istante di indennizzo per i disagi subiti. A parte la natura risarcitoria della domanda così qualificata, e dunque la sua inammissibilità, per la fattispecie di specifico inadempimento oggetto della definizione non sono previsti indennizzi, né dal contratto, né dalle carte Servizi, né da Delibere dell'Autorità.

3. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *“del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”*.

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e della natura non monetaria della controversia, si ritiene congruo compensare le spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dal sig. R. M. nei confronti dell'operatore H3G sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 50,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi 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 del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dal sig. R. M. in data 2 aprile 2013.

La società H3G S██████ è pertanto tenuta a restituire all'istante il credito residuo presente sulle usim e decurtato il 4 luglio 2012, mediante riaccredito su ciascuna usim delle seguenti somme, con scadenza di utilizzo non inferiore a 12 mesi decorrenti da apposita comunicazione del gestore circa l'avvenuto accredito :

- Euro 1.820,64 sull'utenza XXXXX21590
- Euro 91,80 sull'utenza XXXXX40092
- Euro 97,00 sull'utenza XXXXX40091

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'art. 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 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 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.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 15 dicembre 2014

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto