



**DETERMINA Fascicolo n. GU14/598810/2023
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Optima Italia XXX**

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

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”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante: “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 04/04/2023 acquisita con protocollo n. 0092532 del 04/04/2023;

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L'istante lamenta la sospensione senza preavviso di numero 9 (nove) SIM attivate con l'operatore Optima per un non specificato traffico "anomalo". In particolare nell'istanza introduttiva e nella memoria di replica fa presente quanto segue: a) tra il mese di novembre ed il mese di dicembre dell'anno 2022 ha acquistato in qualità di utente numero 9 (nove) SIM approfittando di una vantaggiosa offerta denominata Super100 che prevedeva l'uso di 100 GB di traffico, minuti illimitati e SMS illimitati; b) il 20 gennaio 2023 ed il 13 febbraio successivo, senza alcun preavviso, l'operatore Optima sospendeva tutte le pertinenze mobili regolarmente acquistate; c) l'operatore comunicava via mail l'avvenuta sospensione sia del traffico voce sia del traffico dati in violazione di ogni disposizione a tutela del consumatore; d) l'operatore provvedeva ad una sospensione senza preavviso adducendo un utilizzo "improprio" delle SIM senza però specificare quali limiti erano stati violati; e) nonostante i ripetuti invii di documentazione per il riconoscimento del traffico effettuato, l'operatore ignorava il riconoscimento pervenuto e comunicava tramite il Call Center la necessità di procedere ad una specifica denuncia verso le autorità di pubblica sicurezza; f) nonostante i reclami inviati l'operatore non procedeva ad alcun ripristino del Servizio voce e dati e pertanto costringeva l'istante il 27 febbraio 2023 ad inoltrare apposita conciliazione e istanza per la richiesta di provvedimenti temporanei d'urgenza; g) il traffico dati forniti dal tabulato depositato agli atti della procedura d'urgenza e nella procedura di definizione non rientra in un traffico "non ragionevole" o "improprio" ma rientra in un normale utilizzo di una associazione che contatta i propri associati per comunicazioni di eventi e raccolta fondi senza scopo di lucro, né risulta alcuna presunta condotta fraudolenta da parte dell'istante; h) il 21 marzo 2023, durante lo svolgimento della procedura d'urgenza, l'operatore riattivava le SIM chiedendo l'impegno all'istante di utilizzare i servizi UMTS esclusivamente per uso personale; i) la sospensione senza preavviso dei servizi mobili con effetto immediato ha arrecato un danno economico nonostante che il canone sia stato regolarmente pagato, danno che non è stato riconosciuto e nemmeno indennizzato poiché l'operatore non è comparso all'udienza di conciliazione, costringendo l'istante a presentare istanza di definizione. In base a tali premesse, l'istante chiede : 1) riattivazione delle utenze; 2) indennizzo omnicomprensivo di euro 50,00 (cinquanta/00) per il mancato preavviso di sospensione; 3) indennizzo pari ad euro 3,00 (tre/00) per ogni giorno di sospensione ingiustificata del servizio dati e del servizio voce per ogni pertinenza telefonica; 4) indennizzo omnicomprensivo di euro 200,00 (duecento/00) per mancata comparizione al tentativo obbligatorio di conciliazione.

Optima Italia XXX con memoria depositata nei termini di legge, contesta sia in fatto che in diritto le richieste di parte ricorrente chiedendone il rigetto.

Nel merito l'operatore deduce quanto segue: a) tra il mese di novembre ed il mese di dicembre 2022 l'utente ha acquistato, in qualità di utente consumer, ben n. 9 SIM, approfittando di una vantaggiosa offerta dedicata ai clienti consumer denominata Optima Super 100, con 100 GB oltre SMS e minuti illimitati ad euro 9,90 (nove/90) al mese oltre al costo di attivazione di euro 19,90 (diciannove/90) una tantum; b) tutte le SIM acquistate dall'utente sono state regolarmente attivate dall'operatore, tuttavia, il 21 gennaio 2023 è emersa la necessità di sospendere le SIM con le seguenti numerazioni 377 - 045XXXX, 377 - 045XXXX e 377 - 045XXXX, in ossequio alla normativa vigente ed in particolare all'art. 6, della Delibera 418/07/ CONS, a tutela dell'utente medesimo; c) la suddetta sospensione è stata comunicata all'istante a mezzo mail del 20 gennaio 2023 alle ore 22:37:55 con allegato traffico specifico relativo a ciascuna numerazione indicata come risulta dalla documentazione in atti; d) successivamente anche sulle restanti SIM è stato rilevato traffico "anomalo" per cui Optima ha provveduto alla conseguente sospensione sempre previa comunicazione inviata al cliente come da dettaglio del traffico dati (SMS) effettuato su ciascuna SIM per un totale di 22.197 SMS nel periodo dal 2 gennaio 2023 al 13 febbraio 2023, come allegato alla presente procedura; e) dall'esame del traffico dati emerge chiaramente l'utilizzo improprio del servizio SMS effettuato dall'istante in maniera massiva e circoscritto a lassi temporali ristretti; f) la

quantità di SMS inviati nel medesimo periodo per le diverse SIM attive non è affatto consono ad un “uso normale” e “ragionevole” del servizio soprattutto se si tiene conto che l’istante avrebbe utilizzato contemporaneamente le diverse utenze nel lasso di tempo pressoché identico; g) nella fattispecie in esame non può trovare accoglimento l’eccezione di parte istante secondo cui al traffico illimitato previsto dall’offerta corrisponde qualsiasi forma di uso e/o abuso dell’utenza telefonica; h) a tal uopo, corre l’obbligo evidenziare che, la naturale funzione economico – sociale del contratto che sottende al rapporto sinallagmatico tra le parti, sta nel fornire il servizio di telecomunicazione dietro pagamento di un corrispettivo ma non può affermarsi che la mancata previsione di un limite massimo di traffico, possa legittimare qualsiasi condotta in violazione delle generali regole di buona fede e correttezza nell’esecuzione del contratto (art. 1175 e 1375 c.c.), nonché di solidarietà tra le parti tenuta a preservare reciprocamente i propri interessi; i) le suddette considerazioni anche in corrispondenza a quanto previsto dall’articolo 15 delle condizioni generali di contratto (Uso Personale e Abuso) che il cliente ha sottoscritto ed accettato e che prevede che il cliente è tenuto ad utilizzare il servizio per un uso esclusivamente personale e deve utilizzare la SIM ed i servizi secondo buona fede e correttezza; j) infine sempre ai sensi dell’articolo 15 si osserva che l’operatore può riservarsi, previa comunicazione al cliente, di interrompere totalmente o parzialmente, la prestazione dei servizi, ivi inclusa la restituzione ed il trasferimento del credito, di opzioni o promozioni ecc.; k) alla luce di quanto sopra esposto, la sospensione predisposta da Optima non può essere considerata illegittima ed arbitraria e, peraltro, anche tempestivamente comunicata al cliente; l) da ultimo si rappresenta che a seguito di procedimento GU5/590137/2023, l’operatore ha provveduto al ripristino di tutte le SIM intestate al cliente preso atto dell’impegno del cliente ad un utilizzo proprio, personale e corretto.

Nel merito l’istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall’art.14 del "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell’ecosistema digitale" di cui all’ Allegato B alla delibera n. 194/23/CONS ed è, pertanto, proponibile ed ammissibile. Preliminarmente si osserva che la richiesta sub 1) di riattivazione delle linee mobili sospese dal gestore è superata per l’avvenuto ripristino del servizio in data 20 marzo 2023; pertanto, sul punto deve dichiararsi cessata la materia del contendere. Quanto alle ulteriori richieste dell’istante, alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, esse trovano parziale accoglimento per i motivi di seguito descritti. Innanzitutto l’istante lamenta la sospensione illegittima di numero 9 (nove) SIM attivate con l’operatore Optima per un non specificato traffico “anomalo” e l’operatore, dalle verifiche effettuate, rappresenta un utilizzo anomalo del servizio non conforme al contratto sottoscritto in violazione del generale principio di buona fede.

Effettivamente, sulla base di un’attenta valutazione e disamina delle informazioni rese dalle parti, nonché della documentazione depositata nell’istanza di definizione e soprattutto nel procedimento per l’adozione di provvedimenti temporanei (GU5/590137/2023) è stato provato dal gestore un utilizzo improprio del servizio SMS effettuato dall’istante in maniera massiva, circoscritto a lassi temporali ristretti che hanno interessato contestualmente tutte le utenze mobili attivate dall’istante stesso. Dalla lettura, infatti, del prospetto prodotto dall’operatore in cui sono riportati i volumi di traffico dati (SMS) effettuati su ciascuna SIM, dal 2 gennaio 2023 al 13 febbraio 2023, si può evincere un traffico in uscita superiore ai 50 SMS o MMS che fanno presumere finalità diverse dalle normali esigenze di comunicazione e finalizzato ad usi diversi da quelli personali.

Ciò in violazione non solo delle condizioni generali di contratto ma anche in violazione dall’articolo 14 dell’Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS. In particolare, secondo il disposto di cui al comma 2 dell’articolo 14 citato, nel caso di utenze mobili, s’intende come “anomalo” il traffico giornaliero finalizzato a autoricarica superiore a due ore di conversazione e a 50 SMS o MMS di traffico dati inviati. Peraltro il suddetto utilizzo “improprio” delle SIM è stato confermato dallo stesso utente che, nella memoria di replica, ha affermato di aver utilizzato le SIM per l’associazione senza scopo di lucro di cui fa parte al fine dell’invio di comunicazione di eventi e raccolta fondi.

Lo stesso istante, in sede di procedimento d'urgenza per la riattivazione delle linee mobile, si è impegnato ad un uso personale delle pertinenze coinvolte. Si evidenzia infatti che, in qualità di utente consumer e non di utente business, era soggetto ad un uso lecito e ad un uso esclusivamente personale (Clienti Privati).

In merito si evidenzia anche che, nella fattispecie in esame non trova accoglimento, inoltre, l'eccezione sollevata dall'istante in ordine al fatto che l'offerta attivata prevedeva un traffico illimitato in quanto non può comunque ritenersi che la formula "illimitata" legittimi qualsiasi forma di uso e/o di abuso dell'utenza telefonica. A tal uopo corre l'obbligo ricordare che la naturale funzione economica-sociale del contratto che sottende al rapporto sinallagmatico tra le parti va individuata nel servizio di comunicazione dietro il pagamento di un corrispettivo, non nel consumo illimitato, né può affermarsi che l'assenza di un limite massimo di traffico possa legittimare qualsiasi condotta, in violazione delle generali regole di buona fede nell'esecuzione del contratto (articoli 1337, 1175, e 1375 c.c.) e di solidarietà tra le parti, tenute a preservare reciprocamente i propri interessi (v., per tutte, delibera Agcom n. 211/17/CIR, delibera Agcom n. 37/17/CONS). Ne consegue che, a norma dell'articolo 14, comma 4, del Regolamento indennizzi se l'utente ha utilizzato i servizi di comunicazione elettronica in maniera anomala o, comunque, non conforme alla causa o alle condizioni del contratto stipulato, sono esclusi gli indennizzi richiesti e previsti dal presente Regolamento per il periodo di sospensione. Sotto questo aspetto corre, peraltro, l'obbligo di evidenziare che l'operatore Optima ha inviato la comunicazione della sospensione di tutte le utenze contemporaneamente alla sospensione delle stesse in maniera non completamente conforme alle condizioni generali di contratto, le quali, all'articolo 15, comma 3, prevedono la sospensione per traffico anomalo previa comunicazione al cliente della sospensione stessa nonché al generale obbligo di buona fede e correttezza nella fase di esecuzione del contratto ai sensi degli articoli 1175, 1337 e 1375 c.c. Si osserva, altresì, che lo stesso operatore, dopo aver ripristinato il servizio su tutte le SIM nella fase del procedimento temporaneo d'urgenza, non ha neanche partecipato all'udienza di conciliazione (UG/590128/2023), costringendo l'istante a incardinare l'istanza di definizione. Alla luce di queste ultime considerazioni si ritiene, quindi, di dover indennizzare equitativamente l'istante per la somma di euro 100,00 (cento/00), proprio in conseguenza del comportamento dell'operatore non improntato alla diligenza, correttezza e trasparenza nell'esecuzione del contratto. Deve, altresì, essere riconosciuta la restituzione dei canoni eventualmente pagati per ciascuna SIM per tutto il periodo della sospensione, in quanto l'utente non ha fruito del relativo servizio.

DETERMINA

- Optima Italia XXX, in parziale accoglimento dell'istanza del 04/04/2023, è tenuta a : • riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, l'indennizzo di euro 100,00 (cento/00) a titolo equitativo per la mancata correttezza e trasparenza nell'esecuzione del contratto; • riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, la restituzione dei canoni eventualmente pagati dall'istante durante il periodo di sospensione per le numero 9 (nove) SIM.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30, comma 12, del Codice.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura

Maria-Rosa Zampa

(firma autografa omessa ai sensi dell'art. 3 del D.lgs. n. 39/1993)