

DELIBERA N. 114/10/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
LICCIONE / H3G S.P.A.**

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 9 dicembre 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*";

VISTA la delibera n.173/07/CONS recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*", e successive modifiche ed integrazioni;

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 del 2 luglio 2010 (prot. n. 41629), con la quale il sig. XXXX 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. (di seguito, H3G);

VISTA la nota del 20 luglio 2010 (prot. n. 44529), con cui la Direzione tutela dei consumatori ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del regolamento allegato alla delibera n. 173/07/CONS, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, invitando le parti stesse a presentarsi all'udienza di discussione in data 9 settembre 2010;

UDITE le parti nella predetta audizione;

VISTA la nota del 4 ottobre 2010 (prot. n. 57294) con la quale la Direzione, in merito ai fatti controversi, ha richiesto alla società H3G S.p.A. di fornire ulteriore documentazione, idonea a comprovare l'anomalia del traffico e la legittimità della sospensione delle *sim card*;

VISTA la nota, anticipata a mezzo e-mail, del 14 ottobre 2010 con la quale la società H3G S.p.A. ha fornito le informazioni richieste;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. XXXX, titolare delle utenze n. xxxx, n. yyyy e n. zzzz, contesta nei confronti della società H3G l'illegittima disattivazione delle *sim card*.

In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione è emerso che:

i. in data 23 aprile 2010 la società H3G S.p.A. sospendeva arbitrariamente le tre *sim card* di titolarità dell'istante;

ii. dopo aver contattato il *call center* l'istante appurava che la sospensione era stata disposta per traffico anomalo;

iii. nonostante i reiterati solleciti, la società rifiutava la riattivazione della *sim*, anche a seguito della richiesta di adozione di un provvedimento temporaneo innanzi al Corecom Campania;

iv. la disposta sospensione era illegittima in quanto l'utente utilizzava le *sim* conformemente alle condizioni generali di contratto, che prevedevano il limite massimo di traffico autoricaricato pari ad euro 5.000,00;

v. l'istante, infine, ha eccepito l'inutilizzabilità delle informazioni rese dall'operatore H3G, acquisite tramite la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Vodafone N.V., non interessate dal contenzioso;

Tutto ciò premesso l'istante chiede la riattivazione delle tre *sim* con il piano di autoricarica presente al momento della sospensione, la restituzione del credito autoricaricato nonché l'indennizzo per il periodo di illegittima disattivazione.

La società H3G S.p.A., sia in sede di audizione che in risposta alla richiesta di informazioni, ha specificato che la sospensione è stata legittimamente disposta da parte del servizio frodi, dopo aver accertato un uso anomalo del servizio da parte del cliente. In particolare, in data 24 marzo 2010 le utenze n. xxxx, n. yyyy e n. zzzz sono state sospese per traffico anomalo; le stesse sono state definitivamente disattivate in data 13 maggio 2010, anche a seguito delle segnalazioni pervenute da parte della società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Vodafone N.V. Entrambi gli operatori, dopo aver sospeso le proprie sim, hanno comunicato alla società H3G, conformemente alle disposizioni dettate dalla delibera n. 418/07/CONS, l'uso improprio del servizio telefonico da parte del titolare delle card. Ovvero sia le utenze Wind che Vodafone hanno generato, in maniera spropositata, traffico voce e sms, con probabile finalità di autoricarica. A seguito della predetta sospensione la società è stata più volte contattata dal cliente per il ripristino del servizio; in tali circostanze H3G ha dato evidenza delle ragioni che l'hanno determinata, comunicando l'irreversibilità della disattivazione. Le predette motivazioni sono state addotte anche innanzi al Corecom Campania a seguito di istanza di adozione di un provvedimento temporaneo da parte del cliente.

II. Motivi della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste avanzate dalla parte istante non possono essere accolte, per le motivazioni di seguito specificate.

Preliminarmente è opportuno chiarire che l'assenza di un tetto massimo o limite per l'autoricarica ha rappresentato un indice, della iniziale volontà del gestore, di consentire accumuli, anche ingenti, di credito autoricaricato. Tali caratteristiche hanno reso taluni piani tariffari particolarmente "appetibili" per una parte dell'utenza, consentendo all'operatore di realizzare una campagna acquisti clienti evidentemente vantaggiosa. La suddetta considerazione, tuttavia, va circostanziata in relazione alla fattispecie in esame che impone, ai fini della definizione del contenzioso, di appurare se la condotta del sig. XXXX sia conforme o meno alle condizioni contrattuali, che si presumono violate.

Se è vero, infatti, che le scelte commerciali del gestore relative alle soglie dell'autoricarica, o ad altre offerte che incentivano al consumo, possono essere eventualmente sindacate, in termini di trasparenza, per le condizioni di utilizzo dei servizi, non può comunque ritenersi che la formula dell'autoricarica legittimi qualsiasi forma di uso (o abuso) dell'utenza telefonica. La naturale funzione economico-sociale del contratto, che sottende al rapporto sinallagmatico tra le parti, sta nel fornire il servizio di comunicazione dietro il pagamento di un corrispettivo, non nel consumo del solo credito autoricaricato; né può affermarsi che la previsione di un limite massimo di traffico (in questo caso di euro 5.000,00), possa legittimare qualsiasi condotta, in violazione delle generali regole di buona fede nell'esecuzione del contratto (articoli

1337, 1175 e 1375 del c.c.) e di solidarietà tra le parti, tenute a preservare reciprocamente i propri interessi.

Nel caso in esame l'istante ha sottoscritto un contratto che pone espressamente l'obbligo per il cliente di *“non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i servizi per scopo di lucro, anche indiretto”* (articolo 12, comma 3, CGC) pena la facoltà del gestore di sospendere o risolvere il contratto *“per l'uso improprio o illegittimo del servizio”* (articoli 19 e 20 CGC). Non vi è, dunque, alcun margine per ritenere che il piano tariffario “Super 10”, attivo sulle utenze in oggetto, per quanto contraddistinto da una logica di autoricarica, possa essere usato esclusivamente come strumento per accumulare credito, mediante la sola ricezione, ininterrotta, di traffico voce, dati o sms. Alla luce di tali affermazioni, ed in applicazione delle citate disposizioni contrattuali, è necessario appurare se nel periodo esaminato vi siano stati episodi di utilizzo del servizio, da parte del cliente, non conforme al contratto sottoscritto, in violazione del generale principio di buona fede. Nella verifica, dunque, bisognerà far ricorso ad un canone di valutazione che tenga conto dell’“uso normale” e “ragionevole” del servizio telefonico, con riguardo alla sua naturale destinazione, consistente nella comunicazione interpersonale e non nell’autoricarica.

Nella fattispecie in oggetto, sulla base di un’attenta valutazione e disamina delle informazioni rese dalle parti, appare comprovato l’utilizzo non ragionevole del servizio, che giustificherebbe la sospensione, e la successiva disattivazione, delle *sim card*. Gli importi di autoricarica accumulati dall’istante, oltre ad essere ingenti, sono circoscritti a lassi temporali molto ristretti ed interessano, contestualmente, tutte e tre le utenze in oggetto. I dati rilevanti emergono dalle segnalazioni delle società Wind e Vodafone inviate, tramite il reparto frodi, alla H3G. Ad esempio, nella giornata del 3 aprile 2010, dall’utenza Vodafone n. qqqq, dalle ore 15:48 sino alle 23:46:31, sono stati inviati 584 sms sulla sola utenza n. xxxx, per un totale di euro 29.20 di traffico autoricaricato, nonché 60 minuti di traffico voce per euro 6,00. Analogamente, nella medesima giornata e dal medesimo mittente, sono stati inviati 584 sms verso l’utenza n. zzzz e 584 sms verso il n. yyyy, oltre a 60 minuti di traffico voce instradato su ciascuna delle citate numerazioni. Nel primo caso la fascia oraria interessata è ricompresa tra le 15:49:31 e le 23:46:46; nel secondo caso è tra 14:49:09 e le 23:46:39. E’ evidente che il numero di sms inviati dall’utenza Vodafone non è affatto consono ad un “uso normale” e “ragionevole” del servizio, soprattutto se si tiene conto che l’istante avrebbe utilizzato, contemporaneamente, tutte e tre le utenze H3G, in un lasso di tempo pressoché identico. Anche la società Wind fornisce all’operatore H3G S.p.A. il dettaglio del traffico comprovate l’uso della sim, presumibilmente per autoricaricare le utenze 3. A tal proposito nel marzo 2010 da sim Wind, con quattro connessioni, è stato generato un traffico voce verso l’utenza n. xxxx di 230.77 minuti; nel medesimo periodo per l’utenza n. zzzz il traffico voce generato in tre connessioni è pari a 230.77 minuti; infine

verso l'utenza n. yyyy il traffico è di 245.90 minuti con quattro connessioni. La medesima Wind, nella nota inviata ad H3G, dichiara espressamente che *“nell'ambito di controlli anti frode, finalizzati ad intercettare fenomeni di autoricarica illecita, sono state individuate delle nostre utenze di rete mobile, sospese per traffico anomalo, che hanno generato molte chiamate, con probabile finalità di autoricarica, verso le vostre sim che vi segnaliamo in allegato per le opportune verifiche”*. A tal proposito, non appare condivisibile l'eccezione sollevata dalla parte istante che contesta la non utilizzabilità, in questa sede, delle dichiarazioni rese da altri operatori. Seppure, infatti, il rapporto contrattuale, oggetto di disamina, coinvolge la sola H3G, non possono escludersi, dalla presente valutazione, talune informazioni fornite dagli OLO nel rispetto di obblighi di collaborazione interoperatori, promossa dalla stessa Autorità. Con la delibera n. 418/07/CONS, ed in particolare con l'articolo 6, l'Agcom ha, infatti, ritenuto necessario favorire forme di cooperazione tra gli operatori, mediante scambi di informazioni e dati, per facilitare la prevenzione e la rapida individuazione di fenomeni fraudolenti sulle reti di comunicazione elettronica. Il tutto per garantire una tutela effettiva sia per gli utenti sia per le società che operano nel mercato.

CONSIDERATO che la società H3G S.p.A. ha dimostrato l'uso improprio del servizio da parte dell'istante e la legittimità della sospensione delle sim card;

RILEVATO, peraltro, che la società H3G S.p.A. ha legittimato la disattivazione anche in base alle segnalazioni inoltrate da altri gestori, in ossequio agli obblighi di collaborazione interoperatori previsti dall'articolo 6 della delibera n. 418/07/CONS.

RITENUTO, in ogni caso, che la disamina della violazione segnalata consente un inquadramento esclusivo dei fatti finalizzati alla risoluzione, in via amministrativa, del contenzioso, con espressa salvezza di ogni ulteriore ed eventuale rilevanza in altra sede;

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. il rigetto dell'istanza del sig. XXXX.

Ai sensi dell'articolo 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.

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.

Roma, 9 dicembre 2010

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Roberto Napoli

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