

DELIBERA N. 151/11/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA VIANELLO R. – VIANELLO G. - LAMBERTI - SBARDELLA A. – SBARDELLA N. – SBARDELLA A. – DELMONTE / H3G S.P.A. (GU14 NN. 373-394-397-396-395-393-392/11)

L'AUTORITA'

NELLA riunione della Commissione Infrastrutture e Reti del 30 novembre 2011;

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;

VISTE le istanze del 6 aprile 2011 con le quali il sig. G. Vianello, il sig. A. Sbardella, la sig.ra A. Sbardella, il sig. R. Vianello, la sig.ra Lamberti, il sig. N. Sbardella e la sig.ra Delmonte, rappresentati e difesi dal sig. R. Vianello, hanno chiesto l'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per la definizione delle controversie in essere con la società H3G S.p.A. (di seguito, H3G);

VISTE le note dell'11 aprile 2011 (prot. n. 16475), 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 31 maggio 2011, discussa il successivo 21 giugno 2011;

VISTA la nota dell'11 aprile 2011 (prot. n. 16475) con cui la Direzione ha comunicato alle parti la necessità di procedere ad una riunione dei procedimenti nonché ad una trattazione congiunta delle istanze in sede di audizione, in considerazione della omogeneità delle fattispecie oggetto di contenzioso;

UDITE le parti nell'udienza del 21 giugno 2011;

VISTA la richiesta di integrazione istruttoria formulata dall'Autorità in sede di audizione;

VISTA la nota del 6 luglio 2011 con cui la Società ha prodotto ulteriore documentazione probatoria;

VISTA la nota del 31 agosto 2011 con cui il sig. R. Vianello ha precisato la posizione delle parti istanti in merito alle dichiarazioni fornite dalla Società;

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. R. Vianello (n. 3482457xxx, n. 3398638xxx), la sig.ra A. Sbardella (n. 3471344xxx, n. 32745762xxx e n. 3398638xxx), il sig. N. Sbardella (n. 3398597xxx), il sig. A. Sbardella (n. 3275462xxx, n. 3279808xxx, n. 3279808xxx, n. 3279808xxx e n. 3290418xxx), la sig.ra Lamberti (n. 3275462xxx, n. 3275462xxx, n. 3275462xxx, n. 3275462xxx, n. 3275462xxx e n. 3398294xxx), la sig.ra Delmonte (n. 3491504xxx) ed il sig. G. Vianello (n. 3398681xxx, n. 3398683xxx e n. 3398685xxx, successivamente utilizzate dal sig. R. Vianello, in qualità di figlio, a seguito del decesso del titolare delle numerazioni), hanno contestano nei confronti della società H3G l'illegittima disattivazione delle proprie utenze.

In particolare nelle istanze introduttive dei procedimenti, nel corso dell'audizione e nelle successive memorie integrative hanno dichiarato quanto segue:

- i. in data 3 giugno 2010 la società H3G S.p.A. ha sospeso, senza alcun preavviso, le sim di titolarità degli istanti;
- ii. gli istanti, tramite il *call center*, hanno appreso dell'impossibilità di riattivare le utenze;
- iii. il sig. R. Vianello, in merito alle sole utenze n. 3482457xxx (di R. Vianello), n. 3471344xxx (di A. Sbardella) e n. 3491504xxx (di Delmonte), ha dichiarato, in sede di

audizione, che tali numerazioni, da circa 2 anni, non generano traffico verso direttrici 899, né sono state utilizzate delle sim Vodafone da parte degli istanti;

iv. nelle memorie integrative, poi, il sig. Vianello ha precisato che la Società non ha prodotto (per i numeri 3482457xxx, 3471344xxx e 3491504xxx) il dettaglio delle chiamate per comprovare il traffico verso direttrici 899. Pertanto, è da ritenersi presunto l'uso improprio delle utenze contestato dalla H3G S.p.A.;

v. l'istante, altresì, ha ribadito che il limitato numero di sms che possono essere inviati ogni giorno dal sito di Vodafone non può giustificare la segnalazione interoperatore inviata ad H3G, né l'ammontare dell'autoricarica, che oscilla dai 50 ai 65 euro mensili, è tale da motivare la sospensione delle 3 utenze sopra citate;

vi. il sig. Vianello, infine, ha sottolineato che gli elevati volumi di traffico evidenziati dal gestore attengono ad un periodo non recente (da 3 a 6 anni fa), non dimostrabili dalla Società. Tuttavia, pur presumendo che nel citato periodo sia stato effettuato del traffico anomalo, non può non considerarsi che anche H3G S.p.A. ha tratto dei profitti dall'uso improprio delle sim da parte della propria clientela.

Tutto ciò premesso gli istanti chiedono: i) la riattivazione immediata delle sim con il ripristino del piano tariffario ed opzioni presenti all'epoca della sospensione; ii) il ripristino del credito residuo al momento della sospensione; iii) la liquidazione in un indennizzo a ristoro del disagio patito come previsto dalla Carta dei servizi.

La società H3G S.p.A., nel corso dell'udienza, ha dichiarato che *“tutte le linee sono state sospese e poi disattivate per presunta frode. In particolare, a seguito di segnalazioni da parte di Vodafone (ex articolo 6 della delibera n. 418/07/CONS) le utenze sono state disattivate, appurato che il credito era autoricaricato ed utilizzato per generare traffico anche verso direttrici a valore aggiunto”*.

Nelle ulteriori memorie, la Società ha precisato che la disattivazione delle sim, avvenuta da oltre un anno, non consente di visualizzare il dettaglio del traffico per comprovare che anche le utenze n. 3482457xxx, n. 3471344xxx e n. 3491504xxx abbiano generato traffico verso direttrici 899. Tuttavia, da un'analisi dello storico riferito a ciascun utente, non emerge un uso del servizio conforme alle condizioni di contratto. A tal proposito, per l'utente n. 3482457097 (R. Vianello) risultano importi di bonus da autoricarica per chiamate o sms ricevuti da altri operatori pari ad euro 320,10 per il solo periodo marzo-luglio 2010. In particolare, il suddetto cliente ha cominciato a ricevere autoricariche bonus sulla propria utenza sin dal 2005, tutte di importo piuttosto elevato, per un totale di euro 22.282,35. I bonus da autoricarica sono stati ricevuti regolarmente ogni mese e, in taluni casi, anche di importo pari ad euro 1.000 o euro 2.000.

Anche per l'utenza n. 3471344xxx (A. Sbardella) risulta un importo autoricaricato, sin dal 2005, pari ad euro 8.757,39, ricevendo bonus di traffico anche pari a 500 / 1.000 euro. Analogamente, l'utenza n. 3491504xxx (Delmonte) ha accumulato un bonus di traffico dal 2005 al 2010 pari ad euro 6.231,35.

La Società, infine, ha precisato che le cause che hanno comportato la sospensione delle utenze oggetto di contenzioso sono da ricondurre alla tipologia di traffico entrante e non

a quello uscente; per tale motivazione, in alcuni casi non trova riscontro l'effettuazione di chiamate verso direttrici 889.

Per quanto detto, la Società ha richiesto il rigetto di tutte le istanze riunite nel presente procedimento.

II. Motivi della decisione

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 alle fattispecie in esame che impongono, ai fini della definizione dei contenziosi, di appurare se la condotta degli istanti 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 tale da 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. Nei casi esaminati, gli istanti hanno 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 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.

Anche l'Autorità, con la delibera n. 418/07/CONS (ed in particolare con l'articolo 6), ha 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.

Per tale ragione, anche nell'ambito del singolo contenzioso, le comunicazioni scambiate tra gli operatori per assicurare le predette finalità di tutela non possono che acquisire una rilevante valenza probatoria. Oltretutto l'Autorità, sia sul profilo regolamentare che decisorio, ha assunto una chiara posizione interpretativa volta a censurare tutte le forme di abuso nell'uso del servizio telefonico (ad esempio, delibera n. 114/10/CIR, 5/11/CIR,

6/11/CIR, 7/11/CIR), fermo restando la rilevanza che può assumere la medesima fattispecie presso le altre sedi competenti.

Alla luce di tali premesse, ed in applicazione delle citate disposizioni contrattuali e regolamentari, è necessario appurare se vi siano stati episodi di utilizzo del servizio, da parte di ciascun istante, non conforme al contratto sottoscritto, in violazione del generale principio di correttezza e 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.

Per quanto concerne il Sig. N. Sbardella (n. 3398597xxx) le richieste formulate nell'atto introduttivo non possono trovare accoglimento. Già in sede Corecom (nelle more del procedimento di adozione del provvedimento temporaneo), la Società ha dato evidenza dell'impossibilità di riattivare l'utenza in quanto è risultata destinataria di traffico anomalo proveniente da numerazioni di altro operatore mobile. L'operatore Vodafone, infatti, ha segnalato ad H3G che *“le usim ricevono sms dal nostro sito www.vodafone.it. Le usim stanno ricevendo sms per volumi discreti ma costanti nel tempo per tentativi di registrazione, con l'intento probabilmente di ricevere sms per autoricarica (tutti i tentativi sono registrati con due account e relativo nome). Si comunica di aver provveduto all'interruzione del servizio delle utenze Vodafone per utilizzo improprio”*. In virtù di tale segnalazione, il servizio anti frode di H3G ha anche accertato che la numerazione *“aveva generato elevato traffico verso numerazioni premium 899 al fine di monetizzare il bonus di autoricarica”*. La Società, in merito, ha fornito le schermate relative al credito autoricaricato, dando atto che al momento della disattivazione dell'utenza il credito era pari ad euro 107,70 (euro 111,85 credito totale). Pertanto, alla luce delle suindicate risultanze, H3G ha proceduto alla disattivazione dell'utenza che, in virtù della citata delibera n. 418/07/CONS e delle disposizioni contrattuali, può ritenersi legittima. Conseguentemente, non può trovare accoglimento la richiesta di indennizzo per la sospensione del servizio né l'istanza di ripristinare il piano tariffario e le opzioni sottoscritte. Per le medesime motivazioni non possono trovare accoglimento le richieste formulate dal sig. G. Vianello (deceduto) in relazione alle utenze n. 3398681xxx, n. 3398683xxx e n. 3398685xxx. In particolare la Società, già in sede di conciliazione ha precisato le ragioni della cessazione delle utenze e giustificato la mancata riattivazione nel corso della procedura cautelare. Nel merito H3G, dopo aver comunicato al sig. R. Vianello la risoluzione del contratto a seguito di decesso del titolare delle utenze, ha dichiarato che in data 3 giugno 2010 le numerazioni sono state sospese per presunta frode a seguito di verifiche effettuate sulla base delle segnalazioni ricevute da Vodafone. La Società, altresì, ha puntualizzato che in data 10 gennaio 2011 sono state cessate, per la medesima ragione, altre due numerazioni intestate al sig. G. Vianello (n. 393272449xxx e n. 3420661xxx), non oggetto del presente procedimento. H3G, infine, ha chiarito che a seguito della sospensione delle utenze, il sig. R. Vianello (in qualità di figlio dell'istante) ha richiesto, a mezzo fax, dei chiarimenti sulla disattivazione. Tale richiesta, tuttavia, ha riguardato non solo le utenze del padre ma anche quelle proprie e

di altri familiari (A. Sbardella cod. 3797917 e cod. 6341157, Delmonte cod. 4069271), tutte sospese a seguito della segnalazione interoperatore.

Analogamente, non trovano accoglimento le richieste formulate dagli altri istanti. In particolare, tutte le utenze di titolarità della sig.ra Lamberti (n. 3275462xxx, n. 3275462xxx, n. 3275462xxx, n. 3275462xxx, n. 3275462xxx e n. 3398294xxx) sono state cessate a seguito della segnalazione da parte di Vodafone che, come per i casi fin'ora analizzati, ha comunicato la disattivazione del servizio dopo aver accertato un invio anomalo di sms dal sito www.vodafone.it verso utenze di H3G. Con lo stesso iter sono state sospese anche le utenze del sig. A. Sbardella (n. 3275462xxx, n. 3279808xxx, n. 3279808xxx, n. 3279808xxx e n. 3290418xxx), impropriamente autoricaricate tramite il servizio mobile di altro operatore (sms dal sito di Vodafone). Anche per questi, infatti, la Società ha più volte comunicato, anche in sede Corecom, l'impossibilità di riattivare le utenze, cessate in virtù della procedura anti frode avallata dalla stessa Autorità.

Per il sig. R. Vianello, la sig.ra A. Sbardella e la sig.ra Delmonte, il rappresentante degli istanti (sig. R. Vianello), limitatamente alle utenze n. 3482457xxx, 3471344xxx e n. 3491504xxx, ha sostenuto la illegittimità della sospensione da parte della Società poiché, da almeno 2 anni, non viene generato del traffico verso direttrici 899. Le predette argomentazioni, tuttavia, non possono considerarsi sufficienti per sostenere la fondatezza delle pretese vantate dai suindicati utenti. La circostanza, infatti, che la Società sia impossibilitata a produrre il dettaglio del traffico (in applicazione della normativa sulla privacy) non esclude, *tout court*, un uso improprio del servizio da parte dei clienti, né rileva la dichiarazione degli istanti che asseriscono di non aver potuto generare traffico anomalo tramite un altro gestore poiché non posseggono delle sim Vodafone. In realtà, come precisato dalla stessa Vodafone, le sim di H3G sono state impropriamente autoricaricate attraverso l'invio costante di sms dal sito www.vodafone.it (servizio poi sospeso da Vodafone e comunicato ad H3G). Il sig. Vianello, a tal proposito, ha aggiunto che dal predetto sito possono essere inviati al massimo due sms al giorno, circostanza che stonerebbe con la scelta di procedere ad una segnalazione interoperatore ed alla successiva disattivazione delle utenze. In realtà, il limite giornaliero di sms che possono essere inviati mette ancor di più in evidenza l'ammontare del credito acquisito e l'uso costante di tale strumento per accumulare ingenti somme di traffico. Basti pensare che solo il sig. R. Vianello ha accumulato un credito da autoricarica, in totale, pari ad euro 22.282,35; i bonus da autoricarica sono stati ricevuti regolarmente ogni mese e, in taluni casi, anche di importo pari ad euro 1.000 o euro 2.000. Tra l'altro, proprio una delle utenze del sig. R. Vianello (n. 3482457xxx) risulta essere stata già sospesa dal reparto frodi nel 2007, poi riattivata. Ne discende, quindi, che anche le istanze del sig. R. Vianello, della sig.ra A. Sbardella e della sig.ra Delmonte non possono trovare accoglimento. Per completezza si chiarisce che al momento della disattivazione quasi tutto il credito presente sulle sim è frutto di autoricariche. Ad esempio, sul n. 3482457xxx del sig. R. Vianello vi era euro 967,59 di

cui euro 946,17; sul n. 3471344xxx della sig.ra A. Sbardella vi era euro 1.363,93 di cui euro 1.358,68 di credito autoricaricato.

Infine si precisa che tutte le utenze citate nella presente trattazione sono state oggetto di un'informativa interoperatore conforme all'articolo 6 della delibera n. 418/07/CONS; altresì, per tutte le numerazioni la società H3G ha ricevuto la medesima comunicazione da parte di Vodafone che ha segnalato un uso improprio del servizio che consente di inviare sms dal sito www.vodafone.it.

CONSIDERATO che la società H3G S.p.A. ha dimostrato 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

Il rigetto dell'istanza del sig. R. Vianello, la sig.ra A. Sbardella, il sig. N. Sbardella, il sig. A. Sbardella, la sig.ra Lamberti, la sig.ra Delmonte ed il sig. G. Vianello.

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'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.

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, 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.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità www.agcom.it.

Roma, 30 novembre 2011

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Roberto Napoli

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