

DELIBERA n. 416/13/CONS

**ORDINANZA INGIUNZIONE ALLA SOCIETA' H3G S.P.A. PER LA
VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8, COMMA 9, DELLA DELIBERA n. 26/08/CIR
COME MODIFICATA DALLA DELIBERA n. 74/10/CIR
IN MATERIA DI DISATTIVAZIONE DI SIM CARD
(PROC. n. 7/13/DIT)**

L'AUTORITA'

NELLA riunione di Consiglio dell'11 luglio 2013;

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*", ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 14;

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

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche al sistema penale*";

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 223/12/CONS del 27 aprile 2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 15 giugno 2012, n. 138 e s.m.i.;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006, ed il relativo allegato A, recante "*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*" e s.m.i.;

VISTA la delibera n. 26/08/CIR del 14 maggio 2008, ed il relativo allegato A, recante "*Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa*" come successivamente modificata dalla delibera n. 74/10/CIR, ed in particolare l'articolo 8, comma 9, dell'allegato A.;

VISTO l'atto del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 7/13/DIT del 13 marzo 2013, ed il relativo verbale di accertamento, notificato in data 15 marzo 2013, con il quale è stata contestata alla società H3G S.p.A. S.p.A. la violazione dell'articolo 8, comma 9, dell'allegato A, alla delibera n. 26/08/CIR, così come modificato dalla delibera n. 74/10/CIR per avere disattivato la sim intestata al sig. De Fano prima del decorso dei dodici mesi dall'ultima operazione di ricarica e senza

preliminarmente avvisare l'utente dell'imminente sospensione, rendendone altresì inutilmente gravosa la procedura di riattivazione della sim;

VISTE le memorie difensive inviate dalla società H3G S.p.A. del 22 aprile 2013, acquisite al protocollo generale dell'Autorità con n. 20951;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata

La società H3G S.p.A. (di seguito anche la "Società"), nelle proprie memorie difensive, ha innanzitutto eccepito di non essere tenuta, con riferimento al caso di specie, ad assicurare la funzionalità della sim card per un periodo di dodici mesi, considerando che la disposizione che ha introdotto tale periodo minimo di durata è entrata in vigore in un momento successivo rispetto alla stipula del contratto con l'utente. Le previsioni contenute nella delibera n. 74/10/CIR (di modifica della delibera n. 26/08/CIR), secondo quanto assunto da H3G S.p.A., troverebbero applicazione soltanto nei confronti dei rapporti sorti successivamente alla data di entrata in vigore della stessa e non già, invece, ai rapporti contrattuali già in essere; a tale conclusione si giungerebbe considerando l'assenza, nella delibera richiamata, di un obbligo espresso per gli operatori di applicare le nuove previsioni anche ai rapporti già in essere. La Società ha, quindi, evidenziato di avere legittimamente provveduto a sospendere la sim card intestata al segnalante una volta decorsi sei mesi dall'ultimo evento di traffico, così come previsto dalle condizioni di contratto sottoscritte dall'utente (nel dicembre 2009), ma di non poterne comunque dare evidenza essendo oramai trascorso il limite massimo di sei mesi previsto dalla normativa sulla privacy per la conservazione dei dati di traffico.

In relazione poi al mancato preavviso all'utente circa l'imminente interruzione della funzionalità della sim, la Società ha dichiarato di avere periodicamente messo in atto delle campagne informative (nei 15/20 giorni precedenti alla data di scadenza delle sim) in virtù delle quali i clienti sarebbero stati informati che, di lì a poco, le utenze mobili sarebbero state disattivate e che la numerazione sarebbe comunque rimasta a loro disposizione per un periodo di ventiquattro mesi.

Per quanto concerne poi il profilo concernente l'adozione da parte di H3G S.p.A. di una procedura gravosa per ottenere la riattivazione della sim sospesa (ossia la compilazione di uno specifico modulo e l'acquisto di una nuova sim), la Società ha rilevato di avere prontamente indicato all'utente le modalità per ottenerne la riattivazione e come, dunque, non sia ad essa attribuibile alcuna responsabilità in relazione alla sua mancata riattivazione. Al riguardo, essa ha poi evidenziato come il fatto stesso che questi non abbia provveduto ad effettuare quanto indicato dal servizio clienti rivelerebbe una sua precisa volontà di non servirsi più di quella specifica utenza mobile.

In conclusione, la società H3G S.p.A. ha tenuto a precisare che la sospensione della funzionalità della sim non può avere causato alcun pregiudizio all'utente considerato che questi non fruiva più del servizio (per il traffico in uscita) da oltre sei mesi.

II. Valutazioni dell'Autorità

Il presente procedimento è stato avviato a seguito dell'accertamento dell'avvenuta violazione, da parte della società H3G S.p.A., dell'articolo 8, comma 9, della delibera 26/08/CIR, come modificato dalla delibera 74/10/CIR.

Con il predetto articolo sono state introdotte previsioni di maggior favore per gli utenti in relazione al periodo di utilizzo e di disponibilità delle sim card. Più in particolare, è stato stabilito, in capo agli operatori di rete mobile, l'obbligo di: *a)* garantire la funzionalità della sim card per un periodo minimo di dodici mesi, decorrente dall'ultima operazione di ricarica, *b)* preavvisare l'utente, con almeno trenta giorni di anticipo, dell'imminente sospensione del servizio e *c)* consentire la riattivazione della sim sospesa mediante procedure semplici e senza alcun onere aggiuntivo per il cliente, entro quarantotto ore dalla richiesta.

Ebbene, nel corso dell'attività di vigilanza e controllo svolta da questa Autorità al fine di verificare il rispetto, da parte degli operatori, della normativa di settore, è stato accertato che la società H3G S.p.A. non ha rispettato le suddette previsioni regolamentari nella gestione del titolare dell'utenza mobile n. 392.0676173. Dalle verifiche effettuate è difatti emerso che la Società ha sospeso la sim card intestata al segnalante prima del decorso dei dodici mesi previsti dalla *supra* richiamata normativa regolamentare, senza avvisare preventivamente l'utente dell'imminente sospensione e rendendone difficoltosa, inoltre, la riattivazione.

Pertanto, con atto n. 7/13/DIT, si è provveduto a contestare alla Società la violazione delle previsioni regolamentari con le quali sono stati introdotti i suddetti obblighi, ossia l'articolo 8, comma 9, dell'allegato A, alla delibera n. 26/08/CIR, così come modificato dalla delibera n. 74/10/CIR.

A fronte della notifica del suddetto atto di contestazione, la società H3G S.p.A. ha presentato le proprie deduzioni che, per i motivi di seguito specificati, non risultano, sotto alcun profilo, suscettibili di accoglimento.

In via preliminare, deve rilevarsi come non risulti fondata l'eccezione sollevata dalla Società circa l'inapplicabilità delle disposizioni di cui alla delibera n. 74/10/CIR ai rapporti contrattuali già in essere al momento della entrata in vigore della stessa.

Alla luce del dettato normativo, come anche dei principi espressi nel corso del tempo dalla giurisprudenza, non sembrano difatti esservi dubbi sull'applicabilità delle disposizioni a favore degli utenti introdotte con la delibera in discorso ai rapporti contrattuali già sorti alla data della entrata in vigore della delibera *de qua*.

In merito, deve innanzitutto rilevarsi che le previsioni in discorso intervengono a disciplinare delle fasi precipue del rapporto contrattuale, che esulano dalle normali dinamiche del rapporto di utenza (consistenti nella fruizione del servizio a fronte del pagamento di un corrispettivo), riguardando esse il momento della eventuale sospensione della sim card per non uso prolungato e la procedura di riattivazione della stessa. Le nuove regole sono evidentemente volte ad introdurre un regime di maggior favore per gli utenti, in attuazione degli obiettivi di promozione della tutela degli utenti fissati dalla legge n. 481 del 1995 e dalla legge n. 249 del 1997. La volontà è quella di prevedere una disciplina generalizzata di maggior tutela per gli utenti che si trovano, nello svolgimento del rapporto contrattuale con il professionista, in una posizione di fisiologica debolezza nei confronti della controparte contrattuale. L'applicabilità delle nuove regole anche ai contratti già in essere è, quindi, chiaramente desumibile dalle finalità sottese alla disciplina in esame come anche dalla *ratio* della normativa, che è quella, come accennato innanzi, di prevedere una disciplina generalizzata di *favor* per gli utenti.

In relazione poi a quanto eccepito dalla società circa l'applicazione, nel rapporto con l'utente segnalante, delle condizioni di contratto da questi sottoscritte nel 2009, giova richiamare le regole di diritto comune ed, in particolare, l'articolo 1339 del codice che, come noto, dispone la sostituzione automatica delle clausole difformi apposte dalle parti con quelle imperative previste *ex lege* soffermandosi, in particolare, sulla questione della sua applicabilità nel caso di norme imperative sopravvenute.

Al riguardo, deve rilevarsi che la giurisprudenza ha, già da tempo, affermato che i contratti di durata – quali, per l'appunto, quelli di utenza telefonica – sono assoggettati, in virtù del meccanismo di cui all'articolo 1339 del codice civile, allo *jus superveniens* imposto da una norma imperativa intervenuta successivamente all'accordo negoziale originario statuendo, più precisamente, che la clausola imperativa posta dalla norma sopravvenuta “*sostituisce o integra per l'avvenire (cioè per la residua durata del contratto) la clausola difforme, relativamente agli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto*” (Cassazione civile, sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1689). Né del resto, può essere messo in dubbio che l'articolo 1339 c.c. si applichi anche alle ipotesi in esame; la Corte di Cassazione ha, difatti, di recente chiarito che l'inserzione automatica di clausole imposte *ex lege*, di cui all'articolo 1339 c.c., non si riferisce soltanto alle ipotesi in cui la legge individui essa stessa la clausola da inserirsi obbligatoriamente nel contratto, ma ricomprende altresì le ipotesi in cui la legge rinvii la determinazione del contenuto della clausola ad altra fonte (anche di tipo regolamentare), da essa autorizzata (Cassazione civile, sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 26610).

Le nuove regole a tutela dell'utenza introdotte dall'Autorità con la delibera n. 74/10/CIR avrebbero dovuto, dunque, automaticamente sostituire, dal momento della entrata in vigore della stessa, quelle incompatibili contenute nelle condizioni generali di contratto della società H3G S.p.A. ed essere, conseguentemente, quindi, applicate al caso *de quo*.

Del tutto inconferenti risultano poi i rilievi della Società circa la difficoltà di reperire i dati relativi all'utenza mobile *de qua* a causa delle limitazioni, in tema di trattamento dei dati, contenute nella vigente normativa sulla privacy. Deve rilevarsi, difatti, come il limite temporale previsto dal decreto legislativo 196/03, si riferisca ai soli dati di traffico, mentre l'elemento rilevante ai fini del calcolo del periodo minimo garantito di funzionalità della sim (dodici mesi) è, come risulta dalla più volte richiamata normativa regolamentare, l'ultima operazione di ricarica effettuata dall'utente.

Per quanto concerne poi il profilo relativo al mancato preavviso all'utente, con i prescritti trenta giorni di anticipo, dell'imminente interruzione della funzionalità della sim card, si rileva che la Società, nelle proprie memorie difensive, si è limitata ad asserire di avere posto in essere delle campagne informative per avvertire gli utenti interessati, ma senza fornire alcuna evidenza di ciò e senza dare, in ogni caso, la prova che l'utente segnalante sia stato specificamente avvertito, con l'anticipo prescritto, dell'imminente sospensione della propria sim card.

In relazione all'ultimo profilo oggetto di censura, ossia l'aver ostacolato la procedura di riattivazione della sim card, deve innanzitutto rilevarsi che, contrariamente a quanto affermato dalla Società H3G S.p.A., essa ha opposto, almeno inizialmente, un netto rifiuto alla richiesta dell'utente di riattivare la sim card sospesa comunicandogli, con e-mail del 27 novembre 2011 (a distanza cioè di soli quindici giorni dalla sospensione della sim), che “...*non (era) possibile riattivare le utenze*”. Ad ogni modo, appare opportuno precisare che le modalità individuate per ottenere la riattivazione della sim card - cui fa riferimento nelle proprie memorie difensive la Società - consistenti nella compilazione di uno specifico modulo e nell'acquisto di una “nuova” sim, non risultano conformi alle prescrizioni regolamentari che impongono, invece, che la procedura di riattivazione sia semplice e non comporti “*alcun onere aggiuntivo per l'utente*”.

Privo di pregio risulta poi il rilievo della Società circa l'assenza di un pregiudizio per l'utente considerato che questi non fruiva più del servizio telefonico da lungo tempo. Al riguardo, deve rilevarsi innanzitutto che la circostanza - tra l'altro non provata - che l'utente non effettuasse chiamate in uscita da oltre sei mesi non dimostra la mancanza di un pregiudizio per l'utente, ben potendo questi aver utilizzato il servizio prevalentemente in ricezione, con un conseguente incontestabile pregiudizio, quindi, per esso, in caso di sospensione ingiustificata (ed improvvisa) della funzionalità della sim card. Inoltre, deve evidenziarsi che, contrariamente a quanto sostenuto da H3G S.p.A., l'utente aveva manifestato un chiaro interesse a continuare ad utilizzare quella utenza mobile dal momento che, esattamente un mese prima della sospensione della funzionalità della sim card (e precisamente in data 12 ottobre 2011), aveva effettuato un'operazione di ricarica.

RITENUTO, pertanto, di confermare quanto rilevato in sede di accertamento in ordine alla violazione, da parte della società H3G S.p.A., dell'articolo 8, comma 9,

dell'allegato A, alla delibera n. 26/08/CIR, così come modificato dalla delibera n. 74/10/CIR, e, per l'effetto, di procedere ad irrogare la sanzione prevista dall'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, da determinarsi tra un minimo di euro 120.000,00 (centoventimila/00) ed un massimo di euro 2.500.000,00 (duemilionicinquecentomila/00), sulla base degli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

CONSIDERATO quanto segue ai fini della irrogazione della sanzione e della sua quantificazione:

- con riferimento alla gravità della violazione, va evidenziato che la condotta della Società ha determinato un pregiudizio per l'utente *de quo* il quale si è visto privato, dapprima, del diritto di continuare ad utilizzare la propria utenza mobile nei dodici mesi minimi garantiti dalla normativa regolamentare (e senza alcun preavviso) ed, in seguito, del diritto di ottenerne - una volta disattivata - la riattivazione, con la conseguente perdita della numerazione;

- relativamente all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, non risulta che la Società abbia fatto alcunché, neanche a seguito dell'avvio del presente procedimento, con riferimento al caso di specie;

- riguardo alla personalità dell'agente, la Società è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire il corretto assolvimento degli obblighi regolamentari previsti dalla delibera n. 26/08/CIR e s.m.i.;

- con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, si ritiene che la situazione patrimoniale della Società sia tale da poter sostenere la sanzione prevista per la violazioni contestata;

RITENUTO, pertanto, per quanto sopra considerato, di dover determinare, la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura del minimo edittale pari ad euro 120.000,00 (centoventimila/00) in quanto sufficientemente afflittiva in relazione al caso di specie;

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Maurizio Dècina, relatore ai sensi dell'articolo 31 del "*Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*";

ORDINA

alla società H3G S.p.A., con sede legale in Via Leonardo da Vinci, 1 - 20090 - Trezzano sul Naviglio (MI) e sede operativa in Via Alessandro Severo, 246 - 00145 - Roma, di pagare la somma di euro 120.000,00 (centoventimila/00) quale sanzione

amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

INGIUNGE

alla medesima società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale "Sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 416/13/CONS", entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell'articolo 27 della citata legge 24 novembre 1981, n. 689.

Entro il termine di giorni dieci dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità quietanza dell'avvenuto versamento, indicando come riferimento "Delibera n. 416/13/CONS".

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. 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 notificata all'operatore interessato e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità: www.agcom.it.

Roma, 11 luglio 2013

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Maurizio Dècina

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Francesco Sclafani