

DELIBERA N. 45/10/CONS

Ordinanza - ingiunzione alla società H3G S.p.A. per violazione dell'articolo 98, comma 9 del decreto legislativo n. 259

L'AUTORITA',

NELLA riunione del Consiglio del 24 febbraio 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", 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 in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni 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;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori, n. 46/09//DIT del 14 ottobre 2009, con il quale è stata contestata alla società H3G S.p.A. con sede legale a Trezzano Sul Naviglio (Mi), Via Leonardo da Vinci n. 1, e sede secondaria in Roma, Via Alessandro Severo n. 246, la violazione dell'art. 98, comma 9, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, per non aver provveduto nei termini e con le modalità prescritti alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti dall'Autorità con la nota del 30 ottobre 2008 della Direzione tutela dei consumatori (prot. n. 68900) e nel corso dell'attività ispettiva presso la sede del *call center* di Palermo dell'operatore H3G S.p.A., nei giorni dal 21 al 24 aprile 2009;

VISTE le note della società H3G S.p.A. del 21 ottobre 2009 e del 11 novembre 2009, acquisite al protocollo dell'Autorità rispettivamente con prot. 80914 e 84808 ed allegati;

UDITA la società H3G S.p.A. in audizione il giorno 23 novembre 2009;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società interessata.

Con nota del 10 novembre 2009 l'operatore ha depositato copia del CD già inviato al Servizio Ispettivo e Registro di questa Autorità con nota del 12 maggio 2009 acquisito al protocollo con n. 38271, contenente, per affermazione di parte, tutti gli elementi istruttori richiesti dall'Autorità inerenti il procedimento *de quo* ad eccezione dell'indicazione dei crediti residui disponibili in relazione alle n. 4.828 MSISDN (lista utenze inserite nella promozione) rispettivamente prima e dopo la data del 24 ottobre 2008 (data in cui si è verificato il disservizio tecnico) in quanto asseritamente non più disponibili per l'operatore.

In sede di audizione l'operatore ha esposto la propria difesa rappresentando quanto segue: **a)** durante il corso dell'ispezione la società H3G ha prodotto su supporto informatico la lista di tutte le utenze che sono state coinvolte dal disservizio tecnico del 24 ottobre 2008 verificatosi sulla piattaforma *wap billing* (circa 1200), gestita dalla società One Italia S.p.A., partner di H3G, nell'ambito della diffusione di una promozione, consistente nell'offrire una settimana gratuita dei servizi *games* del portale 3 a clienti che risultavano non utilizzatori degli stessi. Per ciascuna delle utenze elencate (sono corrispondenti a quelle, tra le utenze oggetto della promozione, che hanno navigato sulla pagina di "Pianeta 3" il giorno del disservizio) è stato indicato l'importo dell'accredito riconosciuto al cliente e corrispondente al danno subito; **b)** non è stato possibile fornire dati più puntuali sul credito eroso sulle usim impattate dal disservizio del 24 ottobre 2008 in quanto la piattaforma informativa di One Italia non è integrata con i sistemi informatici di H3G; di conseguenza H3G non ha avuto accesso al dettaglio di tutti gli eventi di traffico generati dai propri clienti quando hanno navigato sul portale di One Italia in tale data. Inoltre l'operatore ha evidenziato che, se pure fosse stato possibile fornire gli elementi richiesti (risultante dai crediti residui disponibili su ogni sim impattata dal disservizio rispettivamente prima e dopo la data del 24 ottobre 2008), comunque tale differenza non avrebbe indicato in modo definitivo l'importo del danno subito dagli stessi clienti, in quanto necessariamente tale valore avrebbe tenuto conto anche del traffico sviluppato dagli stessi clienti per altri servizi. In ogni caso, essendo trascorsi sei mesi dalla data del disservizio, H3G non può legittimamente accedere ai dati senza incorrere in una violazione del Codice della Privacy; **c)** infine l'operatore ha sottolineato che la Società ha comunque effettuato, come dichiarato dalla società in atti, su circa 3700 utenze non impattate dal disservizio, una campagna di invio di SMS accreditando a ciascuna di esse l'importo di 10 Euro a prescindere dalla presenza di un evento di addebito non voluto (azzeramento e/o erosione parziale del credito).

II. Valutazioni dell'Autorità.

Le deduzioni della società H3G S.p.A. non risultano tali da evidenziare elementi idonei ad escludere la responsabilità di H3G per la fattispecie contestata per i motivi che seguono:

1) come premessa di carattere generale è importante individuare gli elementi informativi richiesti dall'Autorità nell'ambito dell'istruttoria in oggetto, al fine di evidenziare l'incompletezza e scarsa esaustività delle informazioni fornite in riscontro dalla società H3G S.p.A., tali da giustificare l'applicazione della sanzione ai sensi dell'articolo 98, comma 9, del D.Lgs 259/03. Con l'avvio del procedimento n. 46/09/DIT, questa Autorità ha accertato che l'operatore H3G non ha ottemperato alla richiesta di informazioni sotto i seguenti aspetti: *i)* non ha provveduto a riferire in relazione alle usim, sicuramente interessate dal disservizio (per le quali ha proceduto spontaneamente all'attivazione della procedura di riaccredito per un importo determinato a prescindere dalla richiesta del cliente), a comunicare la data in cui si è concretamente provveduto ad accreditare il rimborso forfettario, nonostante esplicita richiesta in tal senso in sede ispettiva; *ii)* non ha fornito per ciascuna delle utenze dell'elenco di n. 4.828 MSISDN (lista utenze inserite nella promozione) l'indicazione dei crediti residui disponibili, rispettivamente prima e dopo il 24 ottobre 2008, data in cui si è verificato il disservizio tecnico, elementi istruttori richiesti sia con nota dell'ufficio Gestione e Segnalazioni di quest'Autorità del 30 ottobre 2008 sia in sede ispettiva in data 21 aprile 2009, come riportato in accertamento istruttorio;

2) relativamente alle singole giustificazioni riportate in audizione, innanzitutto va evidenziato che gli elementi istruttori forniti sul supporto informatico allegato alla nota del 11 novembre 2009, sostanzialmente riprodotte a quelli già consegnati all'Ufficio Ispettivo di quest'Autorità con nota del 12 maggio 2009 per stessa ammissione di parte, non possono ritenersi esaustivi per quanto già accertato con atto di avvio del procedimento *de quo*. In particolare i dati forniti non contengono la data dell'effettivo accredito dei rimborsi effettuati dalla società H3G in relazione a circa 1000 usim impattate dal disservizio in relazione alle quali l'operatore avrebbe attivato la procedura del rimborso a prescindere da un reclamo avanzato dal cliente. Inoltre H3G S.p.A. non ha fornito, per ciascuna delle 4.828 utenze dell'elenco di MSISDN, i crediti residui disponibili, rispettivamente prima e dopo la data del 24 ottobre 2008, giustificando tale inottemperanza adducendo l'archiviazione di tali dati ai sensi del citato articolo 123 del D.Lgs 196/03 essendo trascorso il termine semestrale per la conservazione di tali dati. Tuttavia una simile giustificazione di diniego non può essere accolta per le seguenti motivazioni: *i)* l'operatore era a conoscenza dell'avvio di un accertamento su tali dati, giusta comunicazione del 30 ottobre 2008 dell'ufficio gestioni delle segnalazioni; pertanto l'operatore, prima di procedere alla archiviazione di tali dati, li avrebbe dovuti estrapolare in quanto già richiesti dall'Autorità e sollecitati successivamente in sede ispettiva in data 21 aprile 2009 come riportato in accertamento istruttorio; *ii)* il termine dei sei mesi previsti dal citato art. 123, c. 2 del D.Lgs 196/03

per effettuare l'archiviazione non era ancora decorso alla data di svolgimento dell'ispezione.

Infine si evidenzia che comunque H3G non ha comunicato la data precisa di archiviazione dei dati richiesti né ha fornito prova dell'avvenuta archiviazione;

3) in sede di audizione l'operatore ha di fatto ammesso di aver riconosciuto in relazione alle usim impattate dal disservizio (1178) gli importi corrispondenti al danno subito da ciascuna di esse, ma non ha specificato né provato la data di effettivo accredito del rimborso. D'altronde neanche può accedersi alla giustificazione inerente alla circostanza che la piattaforma informativa di One Italia non è integrata con i sistemi informatici di H3G, (con la conseguenza che H3G non avrebbe avuto accesso al dettaglio di tutti gli eventi di traffico generati dai propri clienti quando hanno navigato sul portale di One Italia) in quanto H3G, in qualità di provider di accesso ad Internet da rete mobile, ha l'obbligo di mantenere i log di navigazione dei propri utenti. Pertanto può ritenersi che H3G avrebbe avuto la possibilità, a partire dai suoi log, di risalire al dato richiesto in quanto il problema del disservizio è stato causato dall'errato funzionamento del sistema di wap billing di One Italia. In particolare l'operatore avrebbe potuto (entro i 6 mesi dal 24 ottobre 2008) eseguire una *query* sui sistemi di billing di H3G al fine di estrapolare tutte le richieste del 24 ottobre provenienti dal sistema One Italia, poiché tale piattaforma, per poter fatturare i contenuti richiesti tramite H3G, necessariamente avrà dovuto inviare richieste (eventi di billing) verso il sistema di billing di H3G, con conseguente memorizzazione di dati quali data, ora, importo e il partner che ha generato l'evento. In questo modo, in buona sostanza, H3G avrebbe potuto calcolare esattamente gli importi fatturati quel giorno, su quelle utenze, da One Italia, utilizzandoli come parametro per i rimborsi.

4) Per quanto concerne l'altra eccezione sollevata, concernente la non veridicità dei dati che si sarebbero potuti estrapolare riguardanti gli importi dei crediti esistenti sulle usim impattate a cavallo della data del 24 ottobre 2008, pur riconoscendo la fondatezza dell'asserzione - e cioè che tale grandezze non sarebbero riuscite a quantificare precisamente l'importo da rimborsare in quanto necessariamente tale valore avrebbe tenuto conto anche del traffico sviluppato dagli stessi clienti per altri servizi - comunque la loro tempestiva fornitura da parte di H3G avrebbero consentito all'Autorità di effettuare i controlli preordinati al monitoraggio ed al controllo delle attività di riaccredito degli addebiti erronei.

RITENUTO, per le considerazioni sopra esposte, che la società H3G S.p.A. ha violato l'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, per non aver provveduto nei termini e con le modalità prescritti alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti dall'Autorità con la nota del 30 ottobre 2008 della Direzione tutela dei consumatori (prot. n. 68900) e nel corso dell'attività ispettiva presso la sede del *call center* di Palermo dell'operatore H3G S.p.A., nei giorni dal 21 al 24 aprile 2009;

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione contestata, nella misura del doppio del minimo edittale, equivalente ad euro 15.000,00(quindicimila/00), per un totale di euro 30.000,00 (trentamila,00), in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n.689:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che la mancata ottemperanza alla richiesta di informazioni, oltre ad intralciare l'attività di vigilanza dell'Autorità, ha leso le posizioni giuridiche dei titolari delle utenze impattate dall'accertato disservizio con particolare riferimento alla puntuale determinazione del *quantum* del credito eroso esistente prima dell'evento e per non aver fornito le date di effettivo accredito di quanto spontaneamente rimborsato dall'operatore;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, va tenuto conto che la società H3G S.p.A. si è mostrata, una volta ormai consumata la condotta sanzionata, collaborativa nello svolgimento dell'istruttoria finalizzata a ricostruire gli eventi oggetto di verifica;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società H3G S.p.A. è dotata di un'organizzazione interna idonea a fornire tempestivamente i documenti, i dati e le notizie richiesti dall'Autorità in ottemperanza alle disposizioni vigenti;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sopra determinata.

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società H3G S.p.A. con sede legale a Trezzano Sul Naviglio (Mi), Via Leonardo da Vinci, n. 1, e sede secondaria in Roma, Via Alessandro Severo n. 246, di pagare la somma di euro 30.000,00 (trentamila/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dall'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per non aver provveduto a comunicare, nel termine e con le modalità prescritte, i dati e le notizie richieste dall'Autorità;

DIFFIDA

la società H3G S.p.A. a non porre in essere ulteriori comportamenti in violazione dall'articolo 98, comma 9, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;

INGIUNGE

alla citata 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 articolo 98, comma 9, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, irrogata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n.45/10/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.

Quietanza di pagamento dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest'Autorità entro il termine di giorni dieci dall'avvenuto versamento, indicando come riferimento "DEL. N. 45/10/CONS".

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile nel sito web dell'Autorità: www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 9, del decreto legislativo n.259/2003, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 2, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 24 febbraio 2010

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola