

Delibera n. 5/11/CIR

Definizione delle controversie
Bonaccorso – Bonaccorso / H3G s.p.a.

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 20 gennaio 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 28 e 29 settembre 2010 (prot. n. 56312, 56249 e n. 56250), con le quali il sig. XXXX Bonaccorso ed il sig. YYYY Bonaccorso - rappresentato e difeso dal sig. XXXX Bonaccorso -, hanno 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);

VISTE le note del 5 ottobre 2010 (prot. n. 57672, 57669 e n. 57670), 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 14 ottobre 2010;

PRESO ATTO della omogeneità delle fattispecie oggetto di contenzioso e della necessità di disporre la riunione dei procedimenti GU14/655-667-668/10/DS, comunicata alle parti in sede di audizione;

UDITE le parti nell'udienza del 14 ottobre 2010;

VISTA la richiesta di integrazione istruttoria disposta dalla Direzione all'esito della predetta audizione;

VISTA la nota, anticipata a mezzo e-mail il 26 ottobre 2010, con la quale la società H3G S.p.A. ha fornito le informazioni richieste;

VISTA la nota con cui il sig. XXXX Bonaccorso, in relazione alle citate istanze, ha presentato memorie integrative;

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 Bonaccorso ed il sig. YYYY Bonaccorso, rispettivamente titolari delle utenze n. xxx, n. yyy, n. zzz, contestano nei confronti della società H3G l'illegittima disattivazione delle *sim card*.

In particolare nelle istanze introduttive del procedimento, nel corso dell'audizione e nelle successive memorie integrative è emerso che:

i. in data 25 giugno 2010 la società H3G S.p.A. sospendeva arbitrariamente le tre *sim card* di titolarità degli istanti;

ii. gli stessi specificavano che il piano tariffario relativo alle utenze disattivate prevedeva un'autoricarica massima mensile di euro 5.000,00 mai superato dagli istanti nell'utilizzo del servizio;

iii. gli istanti chiarivano, altresì, che a seguito della disattivazione delle predette utenze, presentavano istanza di GU5 presso l'Autorità la quale, con i provvedimenti temporanei n. 83, 84 ed 86/10/DIT, ordinava alla Società l'immediato ripristino del servizio;

iv. gli istanti, infine, hanno eccepito l'infondatezza delle dichiarazioni rese dalla società H3G in sede di audizione, nel corso della quale l'operatore ha motivato la disattivazione sulla base di segnalazioni inviate da parte di altri gestori, in virtù di accordi interoperatori;

Tutto ciò premesso gli istanti chiedono l'indennizzo per la sospensione del servizio perdurata per 90 giorni, il ripristino delle utenze unitamente al credito residuo ed il piano tariffario sottoscritto ovvero, qualora non fosse possibile, la somma onnicomprensiva di euro 500,00 per ciascuna utenza.

La società H3G S.p.A., sia in sede di audizione che in risposta alla richiesta di informazioni, ha specificato che la sospensione, a seguito della segnalazione pervenuta da parte di altro operatore, è stata legittimamente disposta dal servizio frodi, dopo aver accertato un uso anomalo del servizio da parte dei clienti. In particolare, la Società ha chiarito che *“relativamente al n. zzz, a partire dal mese di aprile 2010 fino a maggio 2010, l’utenza è oggetto di 3 processi di mnp così articolati: da aaa in data 1 aprile 2010 diventa bbb (mnp da WIND); da bbb in data 12 aprile 2010 diventa ccc (mnp da WIND); da ccc in data 10 maggio 2010 diventa zzz (mnp da TIM). Tra una procedura di portabilità e l’altra le utenze si autoricaricano da Wind e in una giornata il credito maturato viene consumato per chiamate verso 899. L’utenza finale con msisdn zzz al momento della disattivazione presentava un credito di 57.30 euro esclusivamente frutto di bonus/autoricarica. Il dettaglio traffico allegato è relativo all’utenza indicata, ma in base al periodo impattato la numerazione cambia (in virtù delle varie mnp). Per quanto concerne il n. yyy, l’utenza è stata attivata in data 13 novembre 2008 con altra numerazione. A partire da aprile 2010 fino a maggio 2010 l’utenza è oggetto di 3 processi di mnp così articolati: da ddd in data 1 aprile 2010 diventa eee (mnp da WIND); da eee in data 27 aprile 2010 diventa fff (mnp da WIND); da fff in data 7 maggio 2010 diventa yyy (mnp da TIM). La predetta utenza è stata oggetto di numerose mnp anche nel 2009. Nelle more delle varie procedure di mnp le utenze si autoricaricano da Wind e in una giornata il credito maturato è stato consumato per chiamate verso direttrici 899. L’utenza finale con msisdn yyy, al momento della disattivazione, presentava un credito di 57.30 euro esclusivamente frutto di bonus/autoricarica. Il dettaglio traffico allegato è relativo all’utenza indicata, ma in base al periodo impattato la numerazione cambia (in virtù delle varie mnp). Infine, per quanto concerne il n. xxx, l’utenza è stata attivata in data 8 dicembre 2005 con numerazione ggg. A partire da marzo 2010 fino a maggio è oggetto di ben 5 processi di mnp così articolati: da ggg in data 8 marzo 2010 diventa hhh (mnp da WIND); da hhh in data 30 marzo 2010 diventa iii (mnp da WIND); da iii in data 15 aprile 2010 diventa llll (mnp da WIND); da llll in data 28 aprile 2010 diventa mmm (mnp da WIND); infine da mmm in data 13 maggio 2010 diventa xxx (mnp da TIM). Tra una mnp e l’altra le utenze si autoricaricavano da Wind e in una giornata il credito maturato veniva consumato per chiamate verso 899. L’utenza al momento della disattivazione presentava un credito di 86.01 esclusivamente frutto di bonus/autoricarica. Il dettaglio traffico allegato è relativo all’utenza indicata, ma in base al periodo impattato la numerazione cambia (in virtù delle varie mnp)”*. La Società ha fornito, altresì, copia della segnalazione pervenuta da parte di Wind Telecomunicazioni S.p.A.

II. Motivi della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste avanzate dalle parti istanti 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 alle fattispecie in esame che impone, ai fini della definizione dei contenziosi, di appurare se la condotta del sig. XXXX Bonaccorso e del sig. YYYY Bonaccorso 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.

Nei casi in esame 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 “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 dei clienti, 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.

Nelle 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 giustificerebbe la sospensione delle *sim card*. In particolare, seppure, *prima facie*, gli importi di autoricarica accumulati dagli istanti non raggiungono la soglia dei 5.000,00 euro, sono circoscritti a lassi temporali molto ristretti ed interessano, contestualmente, tutte le utenze in oggetto. A riprova, la Società produce copia del dettaglio del traffico dal quale, ad esempio, emerge che nella data del 20 maggio 2010, dalle ore 1:12 PM alle ore 1:21 PM, dall’utenza n. yyy sono state effettuate 20 connessioni, tutte indirizzate verso direttrici a valore aggiunto (899). Ed ancora, nella

data del 19 marzo 2010, nell'arco temporale ricompreso tra le 5:34:14 PM e le 5:40:31 PM, dall'utenza n. hhh (inizialmente n. xxx) sono state effettuate 33 connessioni, anch'esse indirizzate verso sole numerazioni 899. La Società precisa, altresì, che al momento della disattivazione su ogni utenza interessata risultava esclusivamente un credito autoricaricato.

Dati rilevanti emergono anche dalla segnalazione della società Wind la quale, nella nota inviata ad H3G, dichiara espressamente che *“nell'ambito di controlli anti frode, finalizzati ad intercettare fenomeni di autoricarica illecita, abbiamo individuato nostre sim prepagate oggetto di numerose chiamate ed sms di autoricarica da parte di vs utenze di rete mobile; le nostre utenze di rete mobile sono state sospese per traffico anomalo. Dalle analisi si è appurato che parte del credito autoricaricato sulle sim Wind è stato nuovamente speso per generare traffico voce e dati verso vs usim, sempre con probabile finalità di autoricarica. Vi segnaliamo la cosa per verificare se si tratti di frode/abuso a vs danno”*. A tal proposito, non appare condivisibile l'infondatezza sostenuta dalla parte istante in relazione alle argomentazioni difensive proposte dalla H3G S.p.A. la quale si è avvalsa, a sostegno della legittimità della propria condotta, delle dichiarazioni fornite 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.

Infine, per quanto concerne l'ordine di riattivazione disposto dall'Autorità mediante l'adozione dei provvedimenti temporanei, è necessario chiarire che i citati atti, i cui effetti sono limitati alla sola durata del procedimento di conciliazione e/o di definizione della controversia, sono frutto di una istruttoria sommaria finalizzati al mero ripristino del servizio o alla cessazione, da parte dell'operatore, di forme di abuso (articolo 5 della Regolamento di cui alla delibera 173/07/CONS, allegato A). Ai fini della loro adozione, cioè, non è necessario una valutazione del merito avendo una natura ed una rilevanza meramente “cautelare”. Ciò comporta che l'ordine di riattivazione dell'utenza prescinde dalle ragioni che ne hanno determinato la sospensione, salvo che l'operatore, già in sede di istruttoria del GU5, non dimostri la legittimità dell'interruzione ovvero la sussistenza di ragioni che, oggettivamente, impediscono il ripristino del servizio.

CONSIDERATO che la società H3G S.p.A. ha dimostrato l'uso improprio del servizio da parte degli istanti 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

Il rigetto dell'istanza del sig. XXX Bonaccorso e del sig. YYY Bonaccorso.

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.

Napoli, 20 gennaio 2011

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Roberto Napoli

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