

Delibera n. 6/11/CIR

Definizione della controversia
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;

VISTA l'istanza del 18 ottobre 2010 (prot. n. 60223), con la quale il sig. XXX Bonaccorso, 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 28 ottobre 2010 (prot. n. 62943), 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 11 novembre 2010;

UDITE le parti nell'udienza dell'11 novembre 2010;

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

VISTA la nota del 23 novembre 2010 (prot. n. 67300), 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. XXX Bonaccorso, titolare delle utenze n. xxxx e n. yyyy, 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 8 agosto 2010 la società H3G S.p.A. sospendeva arbitrariamente le due *sim card* di titolarità dell'istante;

ii. le predette utenze venivano riattivate in data 9 settembre 2010 a seguito del provvedimento temporaneo n. 86/10/DIT emesso dall'Autorità;
Tutto ciò premesso l'istante chiede l'indennizzo, in applicazione delle condizioni generali di contratto, per la sospensione del servizio.

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 la Società ha specificato che *“in data 4 agosto 2010 l'operatore Wind segnalava l'uso anomalo del servizio; a seguito, dunque, delle ulteriori verifiche il dipartimento Fraud Management provvedeva, in data 6 agosto 2010 alla sospensione delle utenze rilevando, inoltre, che la stessa aveva generato traffico verso numerazioni premium 899 con il probabile fine di monetizzare il bonus autoricaricato. In data 6 settembre le utenze sono state riattivate a seguito del provvedimento temporaneo adottato dall'Autorità. Per l'utenza n. xxxx, in data 28 gennaio 2009, Vodafone N.V. comunicava di aver subito un bug di sistema tale per cui loro utenze generavano traffico anomalo anche verso l'utenza n. zzzz (ad oggi avente numero xxxx). Per tale ragione l'utenza veniva sospesa e riattivata il 13 febbraio 2009”*. La Società ha precisato, altresì, che tra le numerazioni premium chiamate dalle utenze in questione, c'era la numerazione non geografica n. 899xxxx risultante essere tra quelle che il Content Provider (OK COM) ha successivamente comunicato di aver provveduto a chiudere. Inoltre, sono state rilevate numerose operazioni di MNP (4 processi di portabilità per il n. xxxx e 7 per il n. yyyy) con intervalli ristretti l'una dall'altra. Tale prassi verrebbe utilizzata al fine di creare disallineamenti sui sistemi degli operatori, con conseguente errore di tariffazione nei casi di invii di SMS. Infatti nella fase specifica del

riferimento di numerazione, gli operatori potrebbero non essere in grado di riconoscere la rete di appartenenza della sim.

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. Liccione 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 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 giustificerebbe la sospensione delle *sim card*. Dalla copia del dettaglio del traffico risultano, infatti, connessioni circoscritte a lassi temporali molto ristretti ed effettuate con una sequenzialità tendenzialmente standard. Ad esempio, dall'utenza n. xxxx, in data 20 maggio 2010, dalle ore 9:41:01 AM alle ore 10:37:58 AM sono state effettuate 139 connessioni, dalla durata di pochi secondi ognuna, tutte verso direttrici 899. Ed ancora, nella data del 5 agosto 2010, dalla utenza n. yyyy e nell'arco di tempo ricompreso tra le 12:55:38 AM alle 2:16:11 AM, risultano 14 connessioni, dalla durata di circa 5 minuti e 30 ognuna, tutte indirizzate verso numerazioni a valore aggiunto. Tra l'altro, nel corso della medesima giornata del 5 agosto 2010 e nel medesimo lasso temporale risultano effettuate chiamate anche dall'utenza n. xxxx, con destinatari 899. Rilevanza va attribuita anche alla segnalazione di Wind la quale, nella nota inviata ad H3G in rispetto degli obblighi di collaborazione interoperatori, 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 con la delibera n. 418/07/CONS, ed in particolare con l'articolo 6, l'Agcom 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 quanto concerne l'ordine di riattivazione disposto dall'Autorità mediante l'adozione del provvedimento temporaneo, è necessario chiarire che il citato atto, i cui effetti sono limitati alla sola durata del procedimento di conciliazione e/o di definizione della controversia, è frutto di una istruttoria sommaria finalizzata 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 dell'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 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

Il rigetto dell'istanza del sig. XXX 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