

Delibera n. 7/11/CIR

Definizione della controversia
Cipolloni / 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 26 e del 31 agosto 2010 (prot. n. 51318 e n. 51779), con le quali il sig. XXX Cipolloni, 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);

VISTE le note del 9 settembre 2010 (prot. n. 53429 e n. 53427), 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 30 settembre 2010;

PRESO ATTO della omogeneità delle fattispecie oggetto di contenzioso e della necessità di disporre la riunione dei procedimenti GU14/600-605/10/DS, comunicata alle parti in sede di audizione;

UDITE le parti nell'udienza del 30 settembre 2010;

VISTA la nota del 4 ottobre 2010 (prot. n. 57289) con la quale la Direzione ha richiesto alla H3G S.p.A., di produrre adeguata documentazione idonea ad accertare la sussistenza della violazione eccepita dalla Società in sede di audizione;

VISTA la nota del 14 ottobre 2010 con la quale la società H3G S.p.A. ha fornito le informazioni richieste specificando, altresì, l'inaccessibilità alle informazioni rese dalle società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Vodafone N.V. nel rispetto degli obblighi di collaborazione interoperatore di cui alla delibera n. 418/07/CONS;

VISTA la nota del 29 ottobre 2010 (prot. n. 62988) con la quale il sig. XXX Cipolloni ha formulato istanza di accesso ai documenti prodotti dalla società H3G S.p.A.;

VISTA la nota del 9 novembre 2010 (prot. n. 65056) con la quale la Direzione, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della delibera 335/03/CONS, ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento di accesso e richiesto alle società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e Vodafone N.V., in qualità di contro interessati, le proprie deduzioni in merito;

VISTA la nota del 17 novembre 2010 con la quale la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. ha espresso la propria posizione in merito alla richiesta di accesso formulata dalla parte istante;

VISTA la nota del 30 novembre 2010 (prot. n. 69004) con la quale la Direzione ha disposto, all'esito dell'istruttoria, l'accoglimento parziale della richiesta disponendo l'acquisizione della sola documentazione ritenuta accessibile;

VISTA la nota del 21 dicembre 2010 (prot. n. 73089) con la quale il sig. XXX Cipolloni, a seguito dell'accesso agli atti, ha prodotto ulteriore memoria integrativa;

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 Cipolloni, titolare delle utenze n. xxx e n. yyy, contesta nei confronti della società H3G l'illegittima disattivazione delle predette utenze.

In particolare nell'istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell'audizione ha dichiarato quanto segue:

i. in data 4 maggio 2010 la società H3g S.p.A. sospendeva arbitrariamente le due utenze sopra indicate per traffico anomalo, come comunicato dal servizio clienti nel corso del contatto del 5 maggio 2010;

ii. la Società, in ogni caso, non preavvisava l'utente della predetta sospensione in violazione dell'articolo 15 delle condizioni generali di contratto;

iii. l'utente chiariva altresì che, conformemente al piano tariffario "Super10", attivo sulle proprie utenze, usufruiva in maniera non anomala del servizio, nel rispetto del limite mensile di euro 5.000,00 di traffico autoricaricato. In particolare aveva maturato un credito autoricaricato di circa 850,00 euro per ciascuna utenza;

iv. nel corso dell'audizione il sig. Cipolloni specificava che alcuna violazione contrattuale era stata commessa, laddove l'articolo 18.4 delle condizioni generali non prevede nessun vincolo nella ricezione degli sms;

v. ribadiva, altresì, che l'articolo 15 della Costituzione garantisce la piena libertà di comunicazione e che solo l'Autorità giudiziaria, con decisione motivata, può disporre delle limitazioni;

vi. a seguito dell'accesso alla documentazione prodotta dalla società H3G S.p.A. il sig. Cipolloni specificava che, contrariamente a quanto asserito dall'operatore, non ha mai ammesso un uso del credito finalizzato allo scopo di lucro, neanche sotto forma di compenso mediante buoni acquisto/benzina;

vii. le due utenze, a seguito di una prima interruzione del 28 aprile 2010 venivano riattivate dopo poche ore. Ciononostante, il successivo 4 maggio 2010 H3G S.p.A. ne disponeva, arbitrariamente, una nuova sospensione;

viii. in relazione alla comunicazione inoltrata dalla società Vodafone N.V. l'istante chiarisce che, contrariamente a quanto dichiarato dall'operatore, nessuna delle 135 utenze sono state sospese. In particolare il traffico SMS generato dalle utenze Vodafone sono frutto della promozione "Infinity messaggi Tutti" la quale, al fronte del pagamento del primo SMS giornaliero, prevedeva l'invio di 100 SMS mensili verso qualsiasi operatore di telefonia mobile nazionale. Dunque non vi è stata alcuna forzatura dei sistemi né lo sfruttamento di alcun bug o di promozione inbound attivata in maniera illecita;

ix. in relazione alla segnalazione pervenuta dalla società Wind Telecomunicazioni S.p.A. l'istante precisa che il traffico generato verso le utenze H3G è del tutto risibile, trattandosi di sole tre chiamate (di cui una di soli 30 secondi) verso l'utenza xxx e di due chiamate verso l'utenza n. yyy.

Tutto ciò premesso l'istante chiede la riattivazione immediata delle utenze con il piano tariffario Super10, la restituzione del credito residuo presente al momento della sospensione nonché l'indennizzo per tutto il periodo di sospensione calcolato secondo i parametri previsti dalla Carta dei Servizi.

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 *“a fronte dell’accertato utilizzo anomalo del servizio e al traffico verso numerazioni Premium 899, con il fine di monetizzare il bonus di autoricarica, il dipartimento Fraud Management provvedeva, in data 4 maggio 2010, alla sospensione definitiva delle utenze in oggetto. La decisione di sospendere nasce anche dalle segnalazioni precedentemente ricevute dalle società Vodafone N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.A. le quali comunicavano la sospensione delle rispettive sim per traffico anomalo verso numerazioni 3. In seguito alla sospensione la società riceveva istanza di riattivazione da parte del sig. XXX Cipolloni. Nel corso di un contatto telefonico con il cliente lo stesso confermava l’utilizzo finalizzato alla monetizzazione del bonus di autoricarica e si rendeva disponibile ad inviare per iscritto le informazioni in suo possesso pur di essere riattivato. In tale circostanza il cliente veniva informato della inutilità dell’eventuale documentazione prodotta a fronte di una sospensione delle sim ormai definitiva. In data 6 maggio perveniva una seconda dichiarazione scritta del cliente che, in ogni caso, non risultava conforme a quanto dichiarato verbalmente. Il sig. Cipolloni aveva infatti dichiarato di aver monetizzato il bonus autoricaricato generando traffico verso direttrici 899, ottenendo come compenso buoni acquisto/benzina”*. A fronte delle citate dichiarazioni la società ha prodotto copia della segnalazione pervenuta dalle società Vodafone N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.A., nonché copia delle richieste di riattivazione formulate dal sig. XXX Cipolloni.

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. Cipolloni 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 Super10, 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 giustificherebbe la sospensione delle *sim card*. In particolare, unitamente alle dichiarazioni rese dalla società H3G S.p.A., speciale rilevanza v'è attribuita alle segnalazioni rese da Wind S.p.A. e Vodafone N.V. le quali, rispettivamente, hanno messo in evidenza un uso “anomalo” del servizio telefonico. In specie, per quanto concerne la società Wind, la stessa, con mail del 22 aprile 2010 inviata alla H3G S.p.A. chiarisce 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”*. In relazione alla citata segnalazione l'utente eccepisce l'irrisorietà del traffico generato verso le utenze H3G, tale da non giustificare la comunicazione. Orbene, la predetta considerazione non può trovare accoglimento: come si evince dal dettaglio del traffico, seppure le connessioni registrate, nella sola data del 10 marzo 2010, sono 2 per l'utenza zzz e 3 per l'utenza xxx ognuna ha una durata di circa 3800 secondi (solo quella registrata alle ore 01.22.59 ha una durata di 30 secondi) e sono relative a lassi temporali pressoché contestuali.

Per quanto concerne la segnalazione inoltrata dalla società Vodafone N.V. quest'ultima chiarisce che *“le nostre utenze sono state cautelativamente sospese. Il traffico è stato sviluppato con SMS inviati in maniera massiva verso lo stesso destinatario”*. Sul punto l'istante precisa la correttezza nell'invio degli sms e la conformità alla promozione “Infinity SMS Tutti”. Orbene, anche la predetta argomentazione non può ritenersi sufficiente per poter sostenere l'illegittimità della sospensione disposta dalla H3G S.p.A.. Come emerge dalle dichiarazioni rese dallo stesso utente, se da un lato dichiara che alcuna sospensione è stata disposta dalla Vodafone N.V., dall'altro non nega

l'utilizzo di 135 distinte sim che hanno generato, verso 7 numerazioni H3G, 13.600 SMS nel solo periodo ricompreso tra il 20 aprile al 24 aprile 2010. Circostanza, quest'ultima, che non appare riconducibile ad un uso normale e ragionevole del servizio telefonico.

Nulla quaestio sulla utilizzabilità, in sede di definizione, delle predette informazioni. 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.

Infine la Società produce copia delle comunicazioni inviate dal sig. Cipolloni alla H3G S.p.A. a seguito della sospensione del servizio. In effetti, se la fondatezza della dichiarazione resa dalla H3G S.p.A. sul compenso ricevuto dal cliente mediante bonus acquisti / benzina resta del tutto presunta, non è escluso che il traffico autoricaricato sia stato utilizzato per contattare direttrici 899. Come emerge dalla nota del 28 aprile 2010, è lo stesso sig. Cipolloni a dichiarare alla Società di essere l'unico utilizzatore delle sim sospese e *“di aver maturato credito derivante da autoricarica per traffico ricevuto da altri operatori mobili nazionali e di aver generato, con le proprie utenze, traffico in uscita verso numerazioni a valore aggiunto.(...) Lo scrivente si impegna, comunque, così come da voi richiesto, a non ripetere in futuro analoga tipologia di traffico in uscita”*.

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 Cipolloni.

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