

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 2

del 27 febbraio 2015

Sono presenti i componenti del Comitato:

ZANELLA Federica Presidente

BOSCAGLI Giulio Vice Presidente (assente giustificato)

SAVOINI Gianluca Vice Presidente

BORELLA Diego

ROLANDO Stefano

Oggetto: Definizione della controversia XXX/H3G S.p.a.

La struttura proponente:

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la L. 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;

VISTA la L. 31 luglio 1997, n. 249, Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche, e in particolare l'art. 84;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni, in particolare l'art. 10;

VISTA la deliberazione di Comitato 7 novembre 2013, n. 63, Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia;

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Regione Lombardia e il Comitato regionale per le comunicazioni della Lombardia in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione A.G.Com. 73/11/CONS, Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481;

VISTA l'istanza presentata in data 29 aprile 2013, con cui il signor XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con la società H3G S.p.a. ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTE le note del 30 aprile 2013 e del 08 agosto 2013, con le quali il funzionario responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt. 15 e 16 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della deferita controversia, e ha invitato le parti a presentarsi all'udienza per la discussione della stessa fissata per il 19 settembre 2013;

VISTO il verbale dell'udienza del 19 settembre 2013;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la proposta di decisione del dirigente dell'Ufficio ai sensi dell'art. 19 del *Regolamento*;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza presentata in data 29 aprile 2013, il sig. XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia al fine della definizione amministrativa della controversia con l'operatore H3G S.p.A., ai sensi degli art. 14 e ss. del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, di cui alla Delibera n.173/07/Cons emanata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti A.G.Com.), avente ad oggetto contestazioni relative a servizi di telefonia mobile.

1. La posizione dell'istante

Il Signor XXX nella propria istanza lamenta la sospensione, avvenuta in data 30.11.2012 e senza alcun preavviso da parte del Gestore, dell'utenza con numerazione XXX, abbinata al piano tariffario "SuperTuaPiù" e all'opzione "Promo 2008".

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

- di avere presentato formale reclamo via fax in data 4/12/2012, chiedendo il ripristino della funzionalità dell'utenza;
- di essere stato contattato, il giorno successivo, dall'operatore, che forniva spiegazioni in merito alla sospensione, contestando, in particolare, la produzione di traffico anomalo, e chiedeva all'utente di inviare una dichiarazione circa il soggetto che avesse effettivamente generato quel traffico telefonico;
- di avere inviato, il giorno 6/12/2012, una sua personale dichiarazione con cui giustificava il traffico generato dall'utenza n. XXX, in quanto utilizzato per acquistare servizi/beni virtuali *on line*, il cui pagamento poteva essere effettuato "anche mediante telefono"; si trattava, più precisamente: di *sms premium*, inviati per *browser games* che si appoggiano alla società Allopas, la quale – come confermato dalla stessa tramite e-mail – aveva un accordo commerciale con H3G per questo tipo di traffico, e che producevano esclusivamente "bonus, armi ed avanzamento nei giochi"; di telefonate internazionali verso servizi di *call conferencing/call center*, che non producevano alcun guadagno monetario, come suggerito da utenti in forum di telefonia;
- di avere utilizzato il credito derivante da autoricarica al fine di effettuare telefonate verso direttrici estere, in quanto H3G, in data 26/07/2012, aveva comunicato all'utente la messa in scadenza del credito da autoricarica al 31/12/2012.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- a) la riattivazione dell'utenza XXX con piano "Supertua Più" e con le opzioni "Chiama e video chiama gratis un Amico" e "Superinternet Old";
- b) la restituzione dell'intero credito, presente sulla Usim al momento della disattivazione, pari a €. 3583,21;
- c) l'indennizzo per mancata riattivazione della Usim, calcolato in € 7,50 per ogni giorno di mancata riattivazione e sino all'effettiva riattivazione;
- d) l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 7/12/2012;

- e) il rimborso spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore

Nella memoria del 28/05/2013, l'operatore rappresentava e documentava quanto segue:

- "L'utenza n. XXX è stata sospesa in data 30/11/2012, avendo il dipartimento antifrode di H3G S.p.A. rilevato, nell'ambito di controlli finalizzati ad intercettare fenomeni di illecito, che l'utenza in questione aveva generato, dal giorno 16.10.2012 e sino alla sospensione, eventi di traffico anomali in palese violazione dell'art. 12 Condizioni Generali di contratto (che dispone il divieto tassativo di fare uso dell'utenza telefonica con fine di lucro, richiedendo, al contrario, un uso personale e normale del servizio telefonico, senza dare luogo ad abusi, che, ai sensi dell'art. 18 del medesimo testo contrattuale, facoltizzano il Gestore alla sospensione del servizio);
- Dalle analisi effettuate sul fenomeno sospetto, il dipartimento antifrode di H3G S.p.A. accertava l'illiceità di quanto rilevato in quanto volto alla monetizzazione di bonus di traffico da autoricarica (come risulta dal tabulato del traffico).
- Più in particolare, nel periodo di osservazione il dipartimento antifrode di H3G S.p.A. rilevava quanto segue: a) dal 16.10.2012 al 30.10.2012 l'utenza in questione aveva effettuato un traffico verso differenti direttrici internazionali. Gli accertamenti hanno confermato che le direttrici cui il traffico del Signor XXX era indirizzato non rappresentavano delle reali terminazioni telefoniche verso la XXX, ma celavano delle numerazioni a Servizi Speciali, per un totale di circa 1.400 numerazioni, tese a massimizzare il credito bonus accumulato; b) tra le direttrici internazionali contattate si evidenziano chiamate terminate su alcune direttrici chiuse per frode a Dicembre 2012: XXX +XXX (XXX); c) sempre nel periodo di osservazione sopra citato, il traffico ricevuto era pressoché inesistente, a riprova di un utilizzo quantomeno insolito dell'utenza; d) l'utenza di cui si discute, alla data del 30.11.2012, presentava un credito residuo complessivo di Euro 3.578,70, del quale Euro 3.483,70 derivante da autoricarica e soltanto Euro 95,00 derivante da ricariche a pagamento.
- Per tale ragione, lo stesso dipartimento antifrode di H3G S.p.A. procedeva, in data 30.11.2012, alla sospensione cautelativa della numerazione in questione.
- In applicazione degli artt. 12.3. e 18.3. Condizioni Generali di contratto l'operatore disponeva il persistere della sospensione in atto dell'utenza in oggetto al fine di impedire il reiterarsi di comportamenti illegittimi a danno di H3G, come sopra descritti. Il citato art. 12.3 sancisce il divieto di utilizzo dei servizi UMTS "per scopo di lucro, anche indiretto" vincolando l'utente "a non effettuare, direttamente o indirettamente, in qualsiasi modo, forma o natura, il reinserimento del traffico in qualunque modo raccolto né la c.d. rivendita del traffico telefonico a terzi (...)", pena la sospensione del servizio ex art. 18.3 Condizioni generali di contratto. L'art. 18.3 delle condizioni generali di abbonamento precisa che "3" si riserva, inoltre, la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, i Servizi, (...) anche senza preavviso, in caso di inottemperanza del Cliente anche ad uno solo degli impegni di cui agli artt. (...) 12.3 (...) delle Condizioni Generali di Contratto e in ogni altro caso di uso improprio o illegittimo del Servizio da parte del Cliente ovvero in caso di morosità abituale da parte del Cliente".

- H3G osserva che già altri Co.re.com, nonché la stessa Autorità si sono espressi in casi analoghi, riconoscendo l'uso improprio del servizio perpetrato dalle parti istanti e la legittimità della condotta posta in essere da H3G S.p.A. con conseguente rigetto di ogni domanda avversaria e, in particolare, delle domande di accredito del credito maturato in quanto frutto di autoricarica (e non traffico acquistato) e di indennizzo ex art. 13 Allegato A Delibera n. 73/11/CONS.
- A tal fine produceva le Delibere nn. 114/10/CIR, 5/11/CIR, 7/11/CIR, 151/11/CIR, 19/11/Corecom Puglia nelle quali, pur in diverse circostanze e attraverso le più varie modalità tecniche, l'Autorità investita ha sempre riconosciuto la correttezza del comportamento tenuto da H3G S.p.A. e, soprattutto, l'illegittimità delle pratiche poste in essere dagli stessi utenti che artatamente lamentavano l'avvenuta sospensione delle loro numerazioni.

H3G S.p.A. dichiara di non poter riattivare l'utenza oggetto di contestazione, perché essa è il mezzo con cui è stata posta in essere una palese e grave violazione contrattuale, la cui eventuale rilevanza penale andrà rilevata dagli organi inquirenti.

H3G chiede inoltre il rigetto di tutte le domande presentate dall'utente.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere accolte solo parzialmente, come di seguito precisato.

In ordine alla scadenza del credito telefonico maturato si evidenzia che, sul punto, l'A.G.Com. ha statuito, con la Delibera A.G.Com. n. 59/14/CIR del 19 maggio 2014 relativa al procedimento XXX/H3G S.p.A., che *“per quanto riguarda la rimodulazione dell'offerta "Promo Speciale 2008", l'operatore H3G ha comunicato all'istante, in data 26 luglio 2012, che il credito promozionale maturato sino alla data del 30 novembre 2012 sarebbe scaduto il 31 dicembre 2012. Considerato che l'operazione di messa in scadenza del credito autoricaricato andava ad incidere su un credito oramai maturato dagli utenti nel corso del rapporto contrattuale con la medesima società, l'Autorità, con delibera n. 562/12/CONS, ha diffidato il predetto operatore dal porre in scadenza il credito da autoricarica maturato dagli utenti in virtù dell'adesione all'offerta “Promo Super Tua Più”. La predetta delibera aveva previsto un termine congruo, pari a quello in cui il relativo credito è stato accumulato (quadriennio 2008-2012), per consentire agli utenti di fruire, secondo le ragionevoli esigenze di consumo, del credito residuo; disponeva, altresì, che entro dieci giorni dalla notifica del predetto provvedimento, l'operatore H3G avrebbe dovuto comunicare a tutti gli utenti interessati da detta operazione, la possibilità per essi di continuare a godere del credito da autoricarica residuo, anche successivamente al 31 dicembre 2012. A seguito di tale disposizione, l'operatore H3G ha impugnato la predetta delibera, con istanza di annullamento, innanzi al Tar Lazio. Il suddetto organo giurisdizionale, in accoglimento delle richieste dell'operatore, ha emesso Ordinanza n. 1623/2013, con cui ha sospeso la delibera dell'Autorità nella parte in cui prevede di non porre a scadenza il credito autoricaricato, maturato dagli utenti in virtù dell'adesione all'offerta. La predetta ordinanza ha, altresì, ritenuto congruo il termine di dodici mesi, entro il quale utilizzare l'intero credito da autoricarica posseduto alla data di cessazione dell'offerta, decorrente dalla comunicazione dell'operatore ai propri clienti. Occorre, infine evidenziare che la società H3G ha ribadito le predette informazioni nella mail inviata all'istante in data 27 marzo 2013. Pertanto, alla luce di tale arresto giurisprudenziale, l'Autorità*

non può accogliere le richieste di parte istante". Tale orientamento è stato ribadito con la Delibera n.91/14/CIR del 23 settembre 2014 relativa al procedimento XXX/H3G S.p.A.

L'art. 22 delle condizioni generali di contratto relative ai servizi di comunicazione UMTS di 3 dispone che: *"3 si riserva di modificare le caratteristiche tecniche dei servizi UMTS nonché le condizioni generali di contratto, la carta dei servizi ed i regolamenti di servizio, per sopravvenute esigenze tecniche ed organizzative di carattere generale, quali la sopravvenuta inadeguatezza della usim o delle caratteristiche dei servizi UMTS, mutamento del quadro normativo e/o regolamentare, nonché di proporre modifiche ai piani tariffari, dandone comunicazione al cliente a propria scelta mediante raccomandata a/r, posta ordinaria, posta prioritaria, sms, mms, e-mail ed indicandone le specifiche ragioni. Tali modifiche saranno efficaci trascorsi 30 giorni dal ricevimento da parte del cliente della predetta comunicazione"*. Nel merito, avendo l'operatore correttamente comunicato all'utente, in data 26/07/2012, la messa in scadenza del credito frutto di autoricarica, nulla può essergli imputato a tale titolo.

Va infine rilevato che l'utente ha diritto alla restituzione della somma da lui stesso versata per effettuare ricariche telefoniche per un ammontare complessivo di € 95,00.

In ordine alla sospensione della Usim, occorsa in data 30/11/2012, alla luce delle evidenze documentali prodotte dall'operatore, si rileva la correttezza della condotta tenuta da H3G, la quale ha legittimamente posto in essere un blocco dell'utenza per fine cautelari consistenti nell'impedire il reiterarsi di comportamenti illegittimi, contrari alle condizioni generali di contratto, atteso che tale Usim era utilizzata per fini estranei all'oggetto e alla causa del contratto e, in particolare, per scopi lucrativi, consistenti nell'accumulo di credito da autoricarica per il successivo utilizzo sia al fine di maturare bonus, sia per acquistare servizi/beni virtuali *on line*.

Pertanto, la richiesta di indennizzo formulata dall'utente sul punto non può trovare accoglimento.

In ordine alla richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo, la stessa va rigettata ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 3 del c.d. Regolamento Indennizzi. Invero, l'operatore, non appena avuta contezza dell'uso anomalo della Usim, ha tempestivamente contattato l'utente e, successivamente, ha azionato i rimedi previsti contrattualmente per tale evenienza (blocco cautelativo della Usim). Pertanto, stante l'acclarato utilizzo di servizi di comunicazione elettronica, da parte dell'utente, in maniera non conforme alla causa e alle condizioni generali di contratto dell'operatore, nel caso di specie si esclude l'indennizzo previsto dall'art. 11, comma 1, del citato Regolamento per la fattispecie della mancata risposta ai reclami.

Inoltre, considerato il rigetto delle istanze della parte istante e alla luce del comportamento delle parti (in particolare, della partecipazione dell'operatore alle udienze di conciliazione e di definizione), si ritiene equo prevedere la compensazione tra le parti delle spese di procedura.

VISTO il parere del Servizio Studi e documentazione legislativi e Assistenza legale in data 31 luglio 2009 in ordine alla necessaria continuità delle funzioni esercitate dal Co.Re.Com per delega dell'A.G.Com;

Alla luce di quanto esposto;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge;

DELIBERA

a definizione della controversia in esame, che:

- che H3G corrisponda a favore del sig. XXX la somma di € 95,00, a titolo di restituzione del credito telefonico acquistato;
- si rigetti ogni altra domanda con compensazione delle spese di procedura.

Il Dirigente dell'Ufficio per il Corecom
Dott. Massimiliano Della Torre

La Presidente del Co.re.Com
Dott.ssa Federica Zanella

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 11, comma 4 della delibera 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Del. A.G.Com. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità a norma dell'articolo 98, comma 11, D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

Le parti sono tenute a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di sessanta (60) giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Dirigente dell'Ufficio per il Corecom
Dott. Massimiliano Della Torre