

Co.Re.Com. Cal./FG

## DELIBERAZIONE N. 197

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Nigro xxxx c/H3G xxx

### IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 18/10/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e ss.mm. e ii.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e ss.mm. e ii.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 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;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 12 aprile 2012, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 18313, con cui la sig.ra xxxx ne ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Società H3G xxx, ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e ss. mm. e ii.;

la nota del 20 aprile 2012, prot. n.19577, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

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

Considerato quanto segue:

### Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

La sig.ra xxxx ha dichiarato quanto segue:

il 29 dicembre 2011, sono state sospese, al traffico in entrata ed in uscita, le utenze xxx e xxx;

contattando il 133, è stato appurato che la sospensione è stata realizzata per un eccesso di sms in ricezione;

la sospensione delle suddette utenze, contestata a mezzo fax, con la contestuale richiesta di riattivazione, non ha avuto nessun riscontro;

*"la ricezione di sms non rappresenta un uso irregolare del servizio poiché gli sms/mese ricevuti a dicembre corrispondono ad una autoricarica di gran lunga inferiore al 5% del limite previsto dal piano che è di € 5.000,00";*

le utenze sono state disattivate arbitrariamente senza alcun preavviso.

Per i suesposti motivi, l'istante ha promosso, in data 16 gennaio 2012, presso questo Co.Re.Com., il tentativo di conciliazione, conclusosi con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

In data 12 aprile 2012, con istanza introduttiva del presente contenzioso, l'utente ribadendo le proprie doglianze ha richiesto la riabilitazione delle utenze al traffico; il riaccredito delle somme presenti sulle sim e delle autoricariche maturate e non erogate; il rimborso per il disservizio da erogare; il riconoscimento delle spese di procedura.

Con memoria dell' 8 giugno 2012, parte convenuta ha controdedotto in ordine ai rilievi sollevati dall'utente, nello specifico ha dichiarato:

è ravvisabile a carico dell'utente un uso dei servizi UMTS illegittimo e senz'altro non conforme a quanto contrattualmente pattuito;

le utenze xxx e xxxx sono state sospese il 29 dicembre 2011 avendo, il dipartimento antifrode di H3G, ricevuto una segnalazione dall'operatore Vodafone, nella quale veniva evidenziato un uso non conforme all'ordinario, con richiesta di verifica immediata e conseguente blocco delle numerazioni interessate;

la "Procedura Interoperatore", concordata con l'Agcom, avente finalità di repressione delle possibili frodi ai danni degli operatori, impone un'azione immediata di tutela;

le succitate utenze sono state individuate come destinatarie di un traffico anomalo proveniente da numerazioni di altro operatore mobile (vodafone), sulle quali il gestore segnalante è intervenuto operando l'interruzione del servizio per utilizzo improprio;

le utenze de quibus hanno ricevuto un *"volume di traffico sms abnorme"*: nel mese di dicembre 2011 l'utenza xxxx ha ricevuto 178 sms da una numerazione Vodafone, e l'utenza xxxx ne ha ricevuti 288 da un apparato di servizio di Messaggistica Aziendale Mobile Vodafone. Tali valori non sono assolutamente congruenti con un utilizzo normale del servizio;

con questa sistema la sig.ra xxx è riuscita a *"massimizzare la produzione di bonus da autoricarica, il cui funzionamento era correlato al numero di sms/traffico voce ricevuto da rete fissa o da rete mobile di altro operatore, traendo lucro, nonostante il divieto contrattuale"*;

la condotta tenuta dall'istante ha comportato la violazione dell'art. 12.3 delle condizioni generali di contratto che 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 (...)"*. Al verificarsi della predetta violazione l'art. 18.3 dispone la sospensione dell'utenza;

a fronte della condotta tenuta dalla ricorrente, è stata disposta la sospensione del servizio ex art. 20.1 delle condizioni generali, ritenendo che l'abuso del sistema dell'autoricarica per monetizzare il bonus di traffico maturato rappresenta una violazione certa della norma citata;

alla richiesta avversaria di riattivazione delle predette utenze, il Co.Re.Com. Calabria, a seguito di memoria difensiva del gestore ex art. 5 Delibera 173/07/CONS, non ha ritenuto di disporre il provvedimento temporaneo ed urgente ex adverso richiesto.

Con memorie di replica del 29 maggio 2012, il ricorrente eccepisce:

H3G ha applicato la "Procedura Interoperatore" non attenendosi a quanto concordato con l'AGCOM, in quanto la società, nonostante abbia ricevuto una segnalazione da parte di Vodafone il 9 dicembre 2011, ha messo in atto il provvedimento di sospensione solo il 29 dicembre 2011, decadendo il principio di attuazione, che, appunto, l'immediatezza;

H3G ha riferito che l'utenza xxxx ha ricevuto 178 sms "*(il 3% del limite teorico massimo giornaliero stabilito dalle condizioni di contratto che ha generato una autoricarica di € 5,34) in un solo giorno, riferendosi al 2 dicembre 2011, e "che la stessa utenza nel mese solare di riferimento ha ricevuto oltre i 500 sms (610 sms dai tabulati allegati che è lo 0,4 del limite previsto dalle condizioni contrattuali, cioè meno dell'1%, generando una ricarica di circa € 18,33);*

*l'utenza xxxx, ha ricevuto 288 sms "(il 5% del limite teorico massimo giornaliero stabilito dalle condizioni di contratto che ha generato una autoricarica di € 8,64)" in un solo giorno, riferendosi al 2 dicembre 2011, e "che la stessa utenza nel mese solare di riferimento ha ricevuto oltre i 1000 sms (1145 sms dai tabulati allegati che è lo 0,7 del limite previsto dalle condizioni contrattuali, cioè meno dell'1%, generando una ricarica di circa € 34,35), tutto ciò senza menzionare le condizioni della tariffa attiva sull'utenza in questione, denominata "3 autoricarica", che permette di accumulare un bonus sino a un massimo di € 5.000,00, e "che secondo una stima fatta e tenendo conto che ogni sms aggiunge 3 centesimi di euro al bonus ed ogni minuto di chiamate ne aggiunge 6 centesimi di euro, tale utenza potrebbe ipoteticamente ricevere ogni mese circa 166.667 sms e 83.334 minuti di chiamate, senza incorrere in nessuna violazione contrattuale (...) le utenze in questione potrebbero teoricamente ricevere fino a un massimo di 5.555 sms giornalmente";*

l'utilizzo delle sim non è stato compiuto in contrasto con l'art. 12.3 delle condizioni generali di contratto.

## Motivi della decisione

### 1 In tema di rito.

In via preliminare, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Appare, inoltre, utile dar conto del comportamento delle parti nella fase della conciliazione e, nello specifico, evidenziare che l'operatore convenuto ha aderito all'udienza di conciliazione.

L'utente ha richiesto di partecipare all'udienza in videoconferenza, che, tuttavia, non è stata indetta poiché non ritenuta indispensabile ai fini dell'odierna decisione.

### 2. Riguardo al merito

#### 2.1 Con riferimento alla legittimità della sospensione

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, a proposito dell'utenza xxx, è opportuno chiarire che il piano tariffario "3 autoricarica", sottoscritto dall'utente, risultava estremamente conveniente poiché permetteva di accumulare un bonus sino a un massimo di € 5.000,00.

Tuttavia, se è incontestabile che il piano tariffario fosse estremamente vantaggioso, non si può certamente ritenere che il credito derivante da autoricarica legittimi qualsivoglia forma di uso dell'utenza telefonica.

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*" (artt. 19 e 20 CGC).

Non vi è, dunque, alcun margine per ritenere che il piano tariffario "3 autoricarica", attivo sull'utenza succitata, per quanto contraddistinto da una logica di autoricarica, possa essere usato esclusivamente come strumento per accumulare credito, mediante la sola ricezione, ininterrotta, di traffico sms.

Dai tabulati telefonici prodotti da H3G, risulta che l'utenza xxx, nel mese di dicembre, ha ricevuto oltre i 1000 sms, di cui circa 300 in un solo giorno (il 2 dicembre 2011); nel mentre, l'utenza xxx ha ricevuto, nel mese di dicembre 2011, oltre i 500 sms, di cui circa 200 sms il 2 dicembre 2011.

Dalla documentazione prodotta agli atti, si evince in maniera evidente che il numero di sms ricevuti, in modo continuato ed in tempi estremamente brevi (peraltro, anche, allo stesso orario), non è affatto consono ad un "*uso normale*" e "*ragionevole*" del servizio, con riguardo alla sua naturale destinazione, consistente nella comunicazione interpersonale e non nell'autoricarica.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, che giustificerebbe la sospensione, e la successiva disattivazione, delle sim card per violazione dell'art. 12, comma 3 delle CGC, le richieste avanzate dalla parte istante non possono essere accolte.

### **3 Con riferimento alle spese di procedura**

Per quanto sopra precisato, si ritiene equo compensare le spese della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto;

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

### **DELIBERA**

- 1) Il rigetto dell'istanza della Sig.ra xxx, considerato che la società H3G xxxx ha dimostrato l'uso improprio del servizio da parte dell'istante e la legittimità della sospensione delle sim card;
- 2) E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;
- 3) Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";
- 4) La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

### **I Componenti**

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

### **Il Presidente**

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale