

Co.Re.Com. Cal./FG

DELIBERAZIONE N. 232

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - Guarracino xxx c/H3G xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 29/11/2012, 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 19 giugno 2012, rubricata al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 28463, con cui il sig. 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 21 giugno 2012, prot. n. 28887, e la nota del 24 luglio 2012, prot. n. 33555, 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;

la nota del 14 novembre 2012 (prot. 49724), con cui il Responsabile del procedimento definitorio ha richiesto integrazione istruttoria, ai sensi dell'art. 18, comma 1, della Delibera 173/03/CONS;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il sig. xxxx ha dichiarato quanto segue:

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

contattando il 133, è stato accertato che la sospensione delle utenze è stata compiuta per "*presunto traffico anomalo*" e che non ci sarebbero state successive riattivazioni.

Per i suesposti motivi, l'istante ha promosso, in data 12 aprile, presso questo Co.Re.Com., il tentativo di conciliazione, conclusosi con un verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti.

In data, 19 giugno 2012, con istanza introduttiva del presente contenzioso, l'utente ribadendo le proprie doglianze ha richiesto la riabilitazione delle utenze al traffico; il riaccredito delle autoricariche maturate; l'indennizzo per il disservizio; "*il mantenimento della tariffa attualmente attiva*", il riconoscimento delle spese di procedura.

Con memoria del 9 agosto 2012 (l'avvio del procedimento è stato inviato all'operatore, a mezzo fax, il 24 luglio 2012), parte convenuta ha controdedotto in ordine ai rilievi sollevati dal ricorrente:

è ravvisabile a carico dell'utente un uso dei servizi UMTS "*improprio e non conforme*" a quanto contrattualmente pattuito;

le utenze in questione sono state segnalate da altro operatore mobile (Vodafone) come destinatarie di traffico anomalo verso numerazioni H3G, finalizzato all'uso improprio e fraudolento del sistema dell'autoricarica;

l'operatore, a seguito "*di un periodo di osservazione*", grazie alla cooperazione e coordinazione tra i gestori delle reti coinvolte, ha adottato una serie di provvedimenti congiunti volti all'inibizione della condotta abusiva e alla sospensione delle numerazioni de quibus;

le utenze hanno ricevuto un "*numero straordinario di messaggi*" (24.113 sms nel periodo di osservazione 1-2 dicembre 2011), non riconducibile al soddisfacimento di una normale esigenza comunicativa e "*quasi certamente provenienti da sistemi automatizzati predisposti all'invio reiterato di short message verso una o più direttrici preselezionate*";

in altra circostanza, altro operatore (Tim) ha segnalato di aver osservato nel lasso temporale tra l'11 novembre 2011 e il 18 dicembre 2011 un analogo fenomeno verso altre numerazioni H3G, verosimilmente finalizzato alla monetizzazione dei bonus di autoricarica;

il ricorrente ha attivato un gran numero di utenze (oltre quelle sospese, l'istante è intestatario delle numerazioni xxx, xxx, xxx e xxx, tutt'ora attive e funzionanti), condotta del tutto incompatibile con quella del tipico fruitore del servizio telefonico per uso privato

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;

Con memorie di replica del 27 agosto 2012, il ricorrente eccepisce quanto segue:

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 successivamente alla data del 2 dicembre 2011, ha messo in atto il provvedimento di sospensione solo il 29 dicembre 2011, decadendo, in tal maniera, il principio di attuazione che è, appunto, l'immediatezza;

il 5 gennaio 2012, con notevole ritardo rispetto alla data di accertamento, ha sospeso, anche, l'utenza xxx;

H3G ha evidenziato che le utenze de quibus hanno ricevuto nei giorni 1-2 dicembre 2011, un numero considerevole di sms (24.113), tutto ciò senza menzionare le condizioni della tariffa attiva sulle utenze in questione, denominata "3 autoricarica", che permette di accumulare un bonus sino a un massimo di € 5.000,00, tenendo conto che ogni sms aggiunge 3 centesimi di euro al bonus ed ogni minuto di chiamate ne aggiunge 6 centesimi; *"il presunto bonus totale ricaricato, mai erogato, nel mese interessato, (...) sarebbe stato € 723.39 totali, circa € 103 per ogni utenza telefonica, cifra soddisfacente ad una normale esigenza comunicativa e di gran lunga inferiore al limite di € 1080,00 mensili"*;

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

Con nota del 14 novembre 2012, questo Co.Re.Com., al fine di acquisire documentazione comprovante l'effettiva ricezione, da parte del ricorrente, di n. 24.113 sms, ha disposto integrazione istruttoria, ai sensi dell'art. 18, comma 1, della Delibera 173/03/CONS.

Con memoria difensiva del 22 novembre 2012, H3G ha precisato che *"Relativamente all'acquisizione dei messaggi ricevuti (cd. In "entrata") sulle utenze indicate preme osservare che vigono divieti legali, (...), che costituiscono nostro malgrado legittime ragioni ostative all'evasione della richiesta istruttoria inoltrata. (...) il Garante per la protezione dei dati personali ha impartito specifiche prescrizioni ai fornitori dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico. (...) Tra le prescrizioni (...) vi è il divieto della comunicazione del dettaglio in entrata in assenza di un decreto motivato del P.M.. (...) il diritto di accesso ai dati personali relativi alle comunicazioni telefoniche in entrata è di regola esercitabile soltanto in relazione a particolari esigenze probatorie sorte nel contesto di un giudizio penale (...)"*.

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 disposta in quanto non ritenuta indispensabile ai fini dell'odierna decisione.

2. Riguardo al merito

2.1 Con riferimento alla legittimità della sospensione

Il piano tariffario "3 autoricarica" sottoscritto dall'istante, ed afferente alle utenze xxx, xxx, xxxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, 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'utenze succitate, 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.

Ciò premesso, nel caso di specie H3G ha specificato che le utenze de quibus sono state sospese in quanto hanno ricevuto un *"numero straordinario di messaggi"* (24.113 sms nel periodo di osservazione 1-2 dicembre 2011), non riconducibile al soddisfacimento di una normale esigenza comunicativa e *"quasi certamente provenienti da sistemi automatizzati predisposti all'invio reiterato di short message verso una o più direttrici preselezionate"*;

A seguito di integrazione istruttoria (diretta ad acquisire apposita documentazione comprovante l'effettiva ricezione di n. 24.113 sms), il gestore ha precisato che *"il diritto di accesso ai dati personali relativi alle comunicazioni telefoniche in entrata è di regola esercitabile soltanto in relazione a particolari esigenze probatorie sorte nel contesto di un giudizio penale"*

Preso atto di quanto sopra evidenziato; considerato che il numero di sms ricevuti (24.113) 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; considerato, anche, che il gestore ha prodotto agli atti la segnalazione dell'operatore Vodafone, con cui le utenze de quibus venivano indicate come destinatarie di traffico

anomalo, finalizzato all'uso improprio e fraudolento del sistema dell'autoricarica, 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 del sig. xxxx;
- 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