

ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA

*Comitato Regionale per le Comunicazioni*

DELIBERA n.	49/2013
TITOLO	1.10.21/252 1.10.21/253
	1.10.4
LEGISLATURA	IX

Il giorno 30 agosto 2013 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il CORECOM dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIOVANNA COSENZA	Presidente
MARINA CAPORALE	Componente
MAURO RAPARELLI	Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI.

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA XXXXXX / XXX XXX E H3G



## Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "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 e il Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 21 luglio 2010 (titolo n. 1.10.21/252), con la quale il sig. XXX XXX, domiciliato nel Comune di XXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, la controversia in essere con la società H3G , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata nel comune di XXX, relativamente alle utenze telefoniche n. 000, 000, 000, 000, 000;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. 35196/2012);

VISTA la memoria autorizzata di H3G (prot. 41409/2012);

UDITE le parti presenti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 9 aprile 2013, come da verbale (prot. 15426/2013);

VISTA l'integrazione istruttoria di H3G (prot. 17251/2013);



VISTI gli atti del procedimenti ex artt. 5 e 21, del. AGCOM 173/07/CONS (tit. 1.10.25/27);

VISTI gli ulteriori atti del procedimento;

VISTA l'istanza depositata in data 21 luglio 2010 (titolo n. 1.10.21/253), con la quale il sig. XXX XXX, domiciliato nel Comune di XXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, la controversia in essere con la società H3G , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata nel comune di XXX, relativamente all'utenza telefonica n. 000;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. 35201/2012);

VISTA la memoria autorizzata di H3G (prot. 41416/2012);

VISTA la rinuncia alla richiesta di convocazione dell'udienza di discussione (prot. 47214/2012);

VISTI gli atti del procedimenti ex artt. 5 e 21, del. AGCOM 173/07/CONS (tit. 1.10.25/28);

VISTI gli ulteriori atti del procedimento;

VISTO il provvedimento di riunione dei due procedimenti (prot. nn. 23665 e 22173/2013);

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 34723/2013);

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 30 agosto 2013;

A voti unanimi

#### CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia il sig. XXX XXX deduce quanto segue: di aver avuto in essere un contratto per la somministrazione del servizio telefonico con H3G (di seguito H3G) sulle utenze n. 000, 000, 000, 000, 000; che nel pomeriggio del 13 maggio 2010 H3G sospendeva l'anagrafica. Per tali ragioni l'istante domanda la condanna dell'operatore al ripristino dell'anagrafica.

Con istanza di definizione della controversia il sig. XXX XXX deduce quanto segue: di aver avuto in essere un contratto per la somministrazione del servizio telefonico con H3G (di seguito. H3G) sull'utenza n. 000; che in data 13 maggio 2010 H3G sospendeva l'anagrafica. Per tali ragioni l'istante domanda la condanna dell'operatore al ripristino dell'utenza.



H3G, respingendo quanto dedotto e richiesto dalle controparti, eccepisce anzitutto la carenza di legittimazione attiva del sig. XXX, che non è mai stato intestatario dell'utenza n. 000, né risulta esserne il reale utilizzatore; che tale utenza non è mai stata associata da H3G al sig. XXX e che la pretesa di subentro mai è stata accettata da H3G. Nel merito, H3G deduce quanto segue: che le utenze sono state sospese in data 13 maggio 2010 e successivamente disattivate in data 10 giugno 2010, in ragione della segnalazione di altro operatore circa un uso del servizio con conforme all'ordinario; che tale segnalazione è stata inviata da Vodafone Omnitel in data 9 maggio 2010; che le utenze in oggetto erano state destinatarie di elevato traffico anomalo proveniente da utenze di altro operatore; che le utenze hanno ricevuto migliaia di sms nel periodo compreso tra il 24 e il 30 aprile 2010; che le utenze n. 000, 000, 000, 000, 000 nel periodo considerato hanno ricevuto 7.493 sms; che un tale carico di sms dimostra che l'utente ha modificato i cellulari al fine di ricevere e cancellare gli sms ricevuti; che le utenze erano già state segnalate ancora da Vodafone Omnitel N.V. a causa del tentativo di registrazione sul sito web di Vodafone, col probabile intento di ricevere sms validi ai fini dell'autoricarica; che a seguito di questo tentativo le utenze n. 000, 000, 000, 000, 000 hanno ricevuto al 9 maggio 2010 18.323 sms; di aver accertato che le utenze oggetto delle due istanze avevano generato traffico verso utenze Premium 899, col probabile fine di monetizzare l'autoricarica; che le numerazioni 899 sono state disattivate; di aver agito nel rispetto della disciplina contrattuale e normativa; che gli utenti hanno violato i principi civilistici di correttezza e buona fede (art. 1175 c.c.), nonché l'art. 12, c. 3, Condizioni generali di contratto; che l'AGCOM e altri CORECOM in casi analoghi hanno rigettato le richieste degli utenti; che in caso di accoglimento delle richieste degli istanti H3G si conformerebbe al disposto, per quanto tecnicamente possibile, declinando ogni responsabilità e danno derivante dall'uso delle SIM.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente deve dichiararsi l'inammissibilità parziale dell'istanza presentata dal sig. XXX nella parte relativa alle utenze n. 000, 000, 000, 000, 000, per violazione dell'art. 14, c. 1, del. AGCOM 173/07/CONS, in quanto utenze non incluse nell'istanza di conciliazione e pertanto non oggetto del relativo tentativo di conciliazione. Deve invece rigettarsi l'eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione passiva avanzata da H3G in relazione all'istanza proposta dal sig. XXX. È noto infatti che ai sensi dell'art. 1407 c.c. l'accettazione della cessione da parte del contraente ceduto, se preventivamente autorizzata, può essere espressa anche in forma tacita



(Cass. civ., sent. n. 3547/2004). Ai sensi dell'art. 19, c. 1, Condizioni generali di contratto, il rapporto contrattuale prepagato può essere ceduto "effettuando le dichiarazioni e gli adempimenti richiesti da 3". Tra questi non è prevista alcuna manifestazione espressa del consenso, ma solo l'invio allo stesso operatore di un modulo sottoscritto. Modulo che è stato prodotto in copia e sulla cui ricezione H3G non avanza contestazioni, limitandosi a ritenere necessario il proprio consenso espresso. Ritenuto pertanto, in forza del principio ordinamentale di cui all'art 116 , c. 2, c.p.c., che il suddetto modulo sia stato ricevuto da H3G, e considerato che la disciplina contrattuale richiede all'utente solo l'invio del modulo, risulta integrata la cessione del contratto per consenso tacito dell'operatore, essendo circostanza irrilevante che, nella propria banca dati interna, H3G non abbia registrato l'avvenuta cessione.

Nel merito entrambe le istanze attengono alla legittimità della sospensione della somministrazione del servizio e della successiva disattivazione delle utenze n. 000 e 000.

Le domande sono fondate, nei limiti che seguono. La sospensione e la successiva disattivazione delle utenze n. 000 e 000 sono avvenute, secondo H3G, in presenza di un uso improprio delle stesse, utilizzate per accumulare il credito attraverso il servizio di autoricarica, in violazione dei principi civilistici di buona fede e correttezza e dell'art. art. 12, c. 3, Condizioni generali di contratto, che impedisce l'utilizzo dei servizi per scopo di lucro. In assenza di un limite massimo all'autoricarica, nel caso di specie non indicato da H3G che non ha prodotto i contratti, elemento dirimente per valutare la correttezza della condotta degli utenti è individuare se, ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. e della disciplina negoziale, l'uso del servizio telefonico sia stato normale o ragionevole, ossia finalizzato al soddisfacimento della causa del contratto, utilizzare il servizio di comunicazione, e non all'abusivo scopo di accumulazione del credito. Proprio l'assenza di un limite massimo all'autoricarica rende stringente definire gli elementi presuntivi da cui argomentare la ragionevolezza e la normalità dell'utilizzo del servizio di autoricarica. Al riguardo, la prassi tenuta dall'AGCOM, in sedi di definizione di controversie analoghe alle presenti, ha elaborato taluni parametri, riassunti principalmente nella del. 151/11/CIR, ma anche nelle dell. 114/10/CIR, 5/11/CIR, 7/11/CIR. In sintesi la valutazione a cui questo Ufficio è tenuto fa leva su:

1) la presenza di una comunicazione da parte di altro operatore circa l'utilizzo abusivo delle utenze, secondo quanto previsto dall'art. 6, del. AGCOM 418/07/CONS;



- 2) la produzione delle schermate della banca dati dell'operatore da cui si evinca la quantità di credito ricaricato;
- 3) il rapporto tra credito acquistato e credito autoricaricato presente al momento della sospensione;
- 4) i tabulati del traffico ricevuto, nel caso di specie limitato agli sms, attraverso cui verificare la provenienza del traffico;
- 5) il collocamento temporale del traffico oggetto di contestazione, per l'alto numero di sms ricevuti in un breve lasso di tempo e per la contestuale ricezione o invio di sms da più utenze intestate alla medesima persona, ovvero, si deve aggiungere, per la presenza di eccessi di traffico ricevuto rispetto a quello storicamente generato dall'utenza.

Ebbene, nel caso di specie nessuna dei criteri presuntivi appena esposti può dirsi soddisfatto da H3G. In particolare:

- 1) H3G ha prodotto una segnalazione proveniente da altro operatore, Vodafone Omnitel. Tale comunicazione non è stata inviata all'istante, in violazione del combinato disposto dell'art. 16, cc. 2 e 3 del. AGCOM 173/07/CONS. Questo Ufficio ha infatti più volte ribadito che la violazione dell'obbligo di invio alla controparte delle memorie e dei documenti, ledendo il diritto di difesa, rende inutilizzabile quanto depositato (cfr ex multis, del. 31/2013). Né può costituire giustificazione all'obbligo di invio alla controparte l'unilaterale e apodittica indicazione della riservatezza dei documenti, senza alcuna allegazione dettagliata di tali ragioni di riservatezza, come da ultimo ribadito anche dall'AGCOM in via interpretativa (all. del. 216/13/CONS). Ciò premesso, per mera chiarezza occorre rilevare che la suddetta comunicazione non riporta alcun numero di utenza e pertanto non è assolutamente ricollegabile alle utenze oggetto del presente procedimento. In secondo luogo il traffico di sms indicato nella segnalazione, pari a 18.823 sms inviati nell'ultima settimana di aprile 2010, è riferito, in forma generica, a 159 utenze, mentre quelle intestate agli odierni attori sono complessivamente sei. Non è dato sapere, quindi, quali utenze siano state interessate dalla segnalazione e quanti sms siano stati ricevuti da ciascuna di essa.
- 2) H3G ha prodotto un documento excel che riporta il numero degli sms ricevuti dalle utenze in oggetto a seguito di invio da utenze in gestione a Vodafone Omnitel e dal sito di questo operatore. Anche tale documento non è stato inviato alle controparti, perdendo in tal modo ogni



rilievo probatorio per quanto sopra già esposto, considerato infatti che non si tratta di un estratto del calcolatore centrale ma solo di un documento di sintesi compilato liberamente dall'operatore e che la mancata conoscenza delle controparti impedisce il manifestarsi di ogni acquiescenza. Peraltro, lo si espone solo per ulteriore chiarezza, dal documento si ricava che l'utenza n. 000 ha ricevuto 113 sms dal sito Vodafone Omnitel, è da presumere sempre nell'ultima settimana di aprile 2010, e che l'utenza n. 000 ha ricevuto invece 163 sms. Si tratta di cifre che nella loro esiguità si manifestano come del tutto compatibili con un uso ragionevole e normale del servizio di comunicazione telefonica, tanto che esso avrebbe generato a favore degli istanti un credito di autoricarica di una decina di euro.

3) Nessuna deduzione è svolta da H3G, che pertanto non indica quanto fosse il credito complessivamente presente sulle utenze al momento della sospensione e quale fosse la sua provenienza, se derivante da acquisto o da autoricarica.

4) Nessun documento è stato prodotto da H3G, nemmeno nel procedimento ex art. 5 e 21, del. AGCOM 173/07/CONS, che ha visto H3G depositare la prima memoria in data 17 agosto 2010, cioè appena tre mesi dopo la sospensione delle utenze (13 maggio 2010) e due mesi dopo la disattivazione delle stesse (10 giugno 2010). È altresì da rilevare che H3G, attraverso la produzione del documento excell sopra esaminato (punto 2), ha dimostrato di aver comunque conservato sino ad oggi dati inerenti al traffico sms delle utenze.

5) Nessuna valutazione è possibile perché H3G non ha fornito alcun elemento probatoriamente utilizzabile e/o utile, in relazione al numero di sms ricevuti dalle singole utenze, al momento di ricezione, al traffico medio antecedente al periodo di asserito utilizzo abusivo delle utenze.

Giova infine rilevare che nemmeno l'accusa mossa da H3G, in ordine all'utilizzo del credito ricaricato verso utenze Premium 899, può dirsi rilevante. Pur in assenza di alcun documento comprovante tale traffico e ritenendo comunque formatasi l'acquiescenza sul punto da parte degli istanti, non conoscendo l'ammontare del credito da autoricarica non è dato inferire alcun uso irragionevole e non ordinario del servizio, poiché a rilevare non è in fatto che gli istanti abbiano chiamato numeri Premium 899 ma quante volte lo abbiano fatto e quanto credito autoricaricato abbiano speso. Irrilevante è altresì il documento prodotto da H3G in sede di integrazione istruttoria, riportante le numerazioni 899 disattivate, anzitutto perché nessun elemento comprova che quelle utenze fossero le medesime chiamate dagli istanti e secondariamente perché, lo si



ribadisce, non è provato l'uso non ragionevole e non ordinario del servizio di comunicazione.

Da quanto esposto risulta pertanto che non può essere mosso alcun giudizio di utilizzo irragionevole e non ordinario delle utenze in oggetto, rispetto alla causa del contratto rappresentata dall'uso del servizio di comunicazione elettronica. Nessuno dei criteri presuntivi individuati dall'AGCOM, e a cui questo Ufficio si allinea per la loro oggettiva esaustività, è stato infatti soddisfatto. Si aggiunga che la sospensione e successivamente disattivazione dell'intero servizio di comunicazione appare azione comunque sproporzionata, poiché H3G avrebbe potuto inibire il solo servizio di autoricarica, ossia l'unico servizio utilizzato in modo asseritamente abusivo, annullando il credito sino a quel momento autoricaricato.

Ciò premesso, non è possibile condannare H3G al rimborso delle somme autoricaricate, poiché da un lato le utenze sono state disattivate e non sussiste la certezza della possibilità tecnica di una loro riattivazione, e dall'altro lato la disciplina contrattuale non prevede che tali somme possano essere monetizzate e pertanto trasformate in denaro da restituire all'utente. In ragione di quanto disposto dall'art. III.1.2 delle Linee guida AGCOM (disposizione confermata anche dalle recenti modifiche, di cui alla del. AGCOM 276/13/CONS) si ritiene che "nulla osti" alla liquidazione di un indennizzo, in un'ottica di tutela dei contraenti più deboli e di pertinenza delle richieste rispetto alla questione valutata. Tale indennizzo viene equitativamente liquidato in 600,00 euro per ciascuno degli istanti, proporzionalmente al disagio subito, consistente nella perdita del credito presente sulle SIM e nelle conseguenti disattivazione del servizio e delle SIM.

In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle complessivamente in euro 50,00, da ripartirsi in euro 25,00 per ciascuno degli istanti, anche sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, considerata la mancata partecipazione all'udienza di discussione.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento delle istanze presentate dal sig. XXX XXX, domiciliato nel Comune di XXX (prot. 1.10.21/252) e dal sig. XXX XXX, domiciliato nel Comune di XXX (prot. 1.10.21/253), la società H3G, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata nel



comune di XXX, è tenuta a:

- 1) Corrispondere a ciascun istante la somma di euro 600,00 (seicento/00), a titolo di indennizzo per i motivi di cui al capo a);
- 2) Corrispondere a ciascun istante la somma di euro 25,00 (venticinque/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'istante.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d.lgs. 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

H3G è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera. La comunicazione dovrà pervenire entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della delibera stessa.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d.lgs. 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli art. 21 e 23 bis l. 1034/1971 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua comunicazione.

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini

La Presidente

Prof.ssa Giovanna Cosenza

