

DELIBERA n.	55/2015
TITOLO	2014.1.10.21.245 2015.1.10.4.1
LEGISLATURA	X

Il giorno 28 luglio 2015 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

Vicepresidente

MAURO RAPARELLI

Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSA TRA X E H3G X.



Viale Aldo Moro, 44 - 40127 Bologna - Tel. 051 527.6377 – 527.6597

email corecom@regione.emilia-romagna.it PEC corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it

WEB www.assemblea.emr.it/corecom

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

Vista la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*";

Vista la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "*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;

Visti gli artt. 1175 e 1375 c.c.;

Visto il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

Vista la legge 2 aprile 2007, n. 40, recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*";

Viste la legge regionale Emilia-Romagna 30 gennaio 2001, n. 1, recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CO.RE.COM.)*", in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

Vista la delibera Agcom n. 418/07/CONS, del 2 agosto 2007, recante "*Disposizioni in materia di trasparenza della bolletta telefonica, sbarramento selettivo di chiamata e tutela dell'utenza*";

Vista la delibera Agcom n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*" e successive modifiche ed integrazioni, di seguito "Regolamento";

Vista la delibera Agcom n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante "*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*", di seguito "Regolamento indennizzi";

Vista la delibera Agcom n. 276/13/CONS, dell'11 aprile 2013, recante "*Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*";

Viste le delibere Agcom nn. 43/08/CIR, 5/11/CIR, 48/15/CIR;

Vista le delibere Corecom Puglia n. 19/11, Corecom Emilia-Romagna n. 3/12;

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);

Visti gli atti del procedimento;

Vista la relazione e la proposta di decisione della Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini (NP.2015.1468);

Udita l’illustrazione svolta nella seduta del 28/07/2015;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell’istante

L’istante lamenta di aver subito da parte di H3g X (di seguito H3g) la sospensione della linea e di aver perso il credito da autoricarica accumulato sulla sim. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nel corso dell’audizione, l’istante dichiara quanto segue:

- che l’utenza n. X è stata disattivata senza preavviso in luglio 2013;
- di aver chiesto nel febbraio 2014 al Corecom Emilia-Romagna, contestualmente alla proposizione della domanda per il tentativo di conciliazione, l’adozione di un provvedimento temporaneo volto alla riattivazione della linea, effettivamente avvenuta;
- che il credito “acquistato” presente sulla sim gli è stato restituito, mentre il credito derivante da autoricarica, e ammontante a circa 600,00 euro, gli è stato azzerato;
- che H3g ha proceduto inoltre a cambiare il piano tariffario.

In base a tali premesse, l’utente richiede:

- a) in via principale, il ripristino del piano tariffario iniziale, denominato “Super 10” o in alternativa l’attivazione di opzioni tariffarie a costo zero;
- b) di riavere il credito a scadenza;
- c) il rimborso per i giorni in cui il numero è stato inutilizzabile;
- d) il rimborso delle spese necessarie per svolgere il procedimento.

2. La posizione dell'operatore

La società H3g, con propria memoria difensiva, chiede il rigetto delle domande dell'istante precisando quanto segue:

- l'utenza X è stata attivata il 25.03.2006 con piano tariffario "Super10" che prevedeva un meccanismo di autoricarica al ricevimento di chiamate e sms/mms;
- l'utenza è stata sospesa il giorno 11.07.2013 essendo stato ravvisato un uso improprio del servizio da parte dell'utente;
- in data 19.03.2014 l'utenza è stata riattivata con un piano tariffario nuovo, denominato "3Power 10, che escludeva la possibilità di effettuare auto-ricarica".

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte devono essere respinte come di seguito precisato.

1. La presente controversia interessa la disciplina della sospensione cautelativa del servizio, posta in essere dal gestore nei casi di sospetta frode o di uso improprio da parte dell'utente. Il sig. X, in data 11.07.2013, ha subito la sospensione senza preavviso dell'utenza telefonica; soltanto in data 19.03.2014, in seguito all'invio del modello Gu5 al Corecom Emilia-Romagna (peraltro datato 11.02.2014) H3g ha provveduto a riattivare l'utenza con un piano tariffario privo del meccanismo dell'autoricarica. L'operatore evidenzia di aver agito nel rispetto della procedura di collaborazione inter-operatore per prevenire fenomeni fraudolenti sulle reti di comunicazione elettronica ex art. 6 dell'All. A alla delibera 418/07/CONS. In particolare la sospensione è stata disposta in via cautelativa a seguito della segnalazione ricevuta da altro operatore che evidenziava un traffico anomalo generato in uscita dall'utenza *de qua* verso numerazioni non geografiche 899. H3g quindi ha effettuato i dovuti controlli "riscontrando che l'utenza in oggetto effettivamente scaricava massicciamente il proprio credito autoricaricato verso numerazioni 899", come già evidenziato con la memoria depositata ex art. 5 del Regolamento in fase di conciliazione (prot. AL.2014.11645 del 20/03/2014). H3g ha chiarito che il piano tariffario applicato nell'ambito del contratto sottoscritto dal Sig. X prevedeva un meccanismo di autoricarica di 10 cent. per ogni minuto di chiamate ricevute e di 5 cent. per ogni sms / mms ricevuto e, a supporto di quanto dedotto, ha dato conto delle risultanze dei controlli effettuati riscontrando diverse anomalie. Quanto al traffico in entrata, nel solo mese di luglio 2013 risultava infatti accreditata sulla sim - a titolo di bonus maturato come autoricarica nel mese precedente - la somma di 731,45 euro, tale da

presupporre 7.341 minuti di chiamate o 14.629 sms/mms ricevuti nel mese. E “l’ammontare del bonus erogato da H3g, in virtù dell’autoricarica, anche nei mesi precedenti” denotava un utilizzo anomalo del servizio. Tali volumi di traffico appaiono palesemente in contrasto con i limiti posti dall’art. 13,2 del Regolamento indennizzi che intende come anomalo “il traffico giornaliero finalizzato ad autoricarica superiore a due ore di conversazione ed a 50 sms o mms”. Quanto al traffico in uscita generato dall’utenza *de qua*, H3g ravvisava inoltre “un picco di traffico indirizzato verso diverse numerazioni non geografiche 899, sospette per essere delle terminazioni fittizie, ovvero non idonee a fornire reali servizi a valore aggiunto ma aperte esclusivamente al fine di raccogliere credito telefonico”. Da quanto dedotto risulta pertanto comprovato l’utilizzo anomalo del servizio da parte dell’utente in violazione del dovere di correttezza ex art. 1175 c.c. e di buona fede contrattuale ex art. 1375 c.c. e risulta legittima la sospensione del servizio posta in essere dall’operatore. Con delibera Agcom n. 5/11/CIR, resa in un precedente caso avente ad oggetto il medesimo piano tariffario di cui oggi si controverte, è stato stabilito quanto segue: “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”. Ricorda, infatti, l’Autorità che “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 dunque nel porre in essere qualsiasi altra condotta che violi le “generalì 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” utilizzando in modo anomalo il meccanismo dell’autoricarica. E’ dunque applicabile la previsione di cui alle Condizioni generali di contratto, art. 18,3, che legittima il gestore a sospendere il servizio anche senza preavviso in caso di inottemperanza del cliente a quanto previsto dall’art. 12,3 delle medesime Condizioni generali, che vieta il fine di lucro, e “in ogni altro caso di uso improprio o illegittimo del servizio”. Sottoscrivendo il contratto il Sig. X si era infatti espressamente impegnato a “non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i Servizi UMTS per scopo di lucro, anche indiretto” e a “utilizzare i Servizi UMTS esclusivamente per uso personale o per finalità correlate alla propria attività professionale e a non effettuare, direttamente o indirettamente, in qualsiasi modo, forma o natura, il reinstradamento del traffico in qualunque modo raccolto né la c.d. rivendita di

traffico telefonico a terzi (anche attraverso l'utilizzo di strumenti quali, a titolo esemplificativo ma non esaustivo i modem GSM/UMTS per utilizzo vocale)" (art. 12,3 Condizioni generali di contratto). Gli episodi di utilizzo del servizio da parte dell'utente in modo non conforme al contratto sottoscritto e in violazione del generale principio di buona fede conducono a considerare legittima la sospensione posta in essere da H3g. Sul presupposto che l'operatore, ricevuta la segnalazione circa la presunta anomalia, ha effettuato i dovuti controlli e rilevato prontamente l'uso anomalo del servizio azionando i rimedi previsti contrattualmente, viene ad applicarsi al caso di specie anche l'esclusione dell'indennizzo per la sospensione del servizio prevista dall'art. 13,3 del Regolamento indennizzi. L'Autorità si è espressa recentemente in relazione ai profili sopra evidenziati con delibera n. 48/15/CIR, resa in un caso analogo alla presente controversia dove ha ritenuto legittima la sospensione posta in essere dall'operatore che ha impedito il reiterarsi di comportamenti illegittimi a proprio danno ed anzi ha precisato che "va apprezzato il comportamento assunto da H3g che, comunque, al fine di contemperare le esigenze di tutela della società con quelle dell'utente ha riattivato la SIM con un piano tariffario privo del meccanismo dell'autoricarica", concludendo per il rigetto delle richieste formulate dall'istante. Alla luce delle considerazioni svolte ed anche in forza del richiamato precedente dal quale questo Comitato non può discostarsi (si veda sul punto quanto previsto dalle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, III.7.1), nulla può essere imputato all'operatore per aver proceduto alla sospensione del servizio – per la quale l'istante formula la domanda di ristoro sub c) - ed alla variazione del piano tariffario con altro privo del meccanismo dell'autoricarica – in merito alla quale avanza le domande sub a). La domanda sub b) di "riavere il credito a scadenza" – se intesa come richiesta di rimborso della somma - non può essere accolta *in primis* in conseguenza del rigetto delle altre domande, ma anche alla luce del più risalente e consolidato orientamento dell'Autorità, che considera i crediti derivanti da autoricarica non rimborsabili poiché la loro natura non è monetaria, ma in genere promozionale o di bonus e i relativi importi corrispondono al traffico riconosciuto dal gestore, nei limiti normativamente e contrattualmente previsti, e ciò anche se il credito derivante da autoricarica appare indistinto rispetto alle altre voci di credito presenti sulla sim (si veda *ex multis* la delibera n. 43/08/CIR e successive conformi). H3g, del resto, ha provveduto a mantenere sulla sim il credito acquistato dall'utente, pari ad euro 18,41, come già comunicato in fase di conciliazione con la memoria depositata ex art. 5 del Regolamento. Anche laddove la si considerasse come richiesta di trasferimento del bonus su altra sim

intestata all'utente, la domanda non potrebbe essere parimenti accolta, come è già stato statuito: "non è accoglibile la domanda di restituzione del credito di autoricarica maturato, qualora risulti che l'utente abbia fatto un utilizzo non ragionevole del servizio, tale da giustificare la sospensione e la disattivazione del servizio stesso. Infatti non si può certamente ritenere che il credito da autoricarica legittimi qualsiasi forma d'uso dell'utenza telefonica: la naturale funzione economico-sociale del contratto 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 possa legittimare qualsiasi condotta, in violazione delle generali regole di buona fede nell'esecuzione del contratto e di solidarietà tra le parti, tenute a preservare reciprocamente i propri interessi. Peraltro, nel caso di contratti che prevedono l'accumulo di credito in autoricarica, il principio di buona fede e correttezza che ambo le parti devono utilizzare nell'esecuzione del contratto risulta di fondamentale importanza. In particolare, a fronte di un comportamento anomalo del cliente, il gestore ha il diritto di tutelarsi, e, solo ove l'anomalia del traffico venga esclusa, sarà tenuto a corrispondere le somme maturate in autoricarica (sotto forma di traffico non monetizzabile)" (Corecom Puglia, delibera n. 19/11). In ragione della legittimità della condotta di H3g, le domande formulate dalla parte istante non possono pertanto essere accolte. Esse verranno trattate singolarmente in rito al punto che segue, ferma restando la loro non accoglibilità nel merito.

2. In rito corre l'obbligo precisare quanto segue. L'eccezione mossa da parte convenuta circa l'improcedibilità dell'istanza di definizione ex art. 14, comma 1 del Regolamento non può essere accolta. Rileva correttamente H3g che le richieste dell'utente sopra elencate sono state "avanzate per la prima volta in sede di Gu14". Tuttavia è necessario precisare che, in relazione innanzitutto alla domanda sub c), le doglianze mosse dall'utente a causa della sospensione del servizio erano state fatte oggetto tanto del Formulario Ug quanto del correlato Formulario Gu5, volto per l'appunto a ottenere la riattivazione del servizio medesimo. In base a quanto disposto dalle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, III.1.2 è possibile interpretare in modo più sfumato il contenuto delle singole richieste di parte, atteso che – al fine della procedibilità dell'istanza di definizione amministrativa della controversia - ciò che rileva è che "l'oggetto della richiesta di definizione sia lo stesso sottoposto al tentativo di conciliazione": ciò significa, in altre parole, non che "le istanze presentate in sede conciliativa e in sede di definizione debbano essere identiche, ma che la questione in discussione sia la medesima". Inoltre, proseguono le Linee

Guida, “se un utente agisce per la sola riattivazione di un servizio, senza chiedere il relativo indennizzo, nulla osta a disporre comunque la sua liquidazione, soprattutto in considerazione del fatto che alcuni indennizzi – secondo la normativa di settore – dovrebbero essere liquidati automaticamente”, come nell’ipotesi appunto della sospensione del servizio (delibera 73/11/CONS, II.viii). La domanda sub c) di “rimborso per i giorni” in cui l’istante non ha potuto utilizzare il servizio può essere dunque trattata nell’ambito del presente procedimento ed andrebbe interpretata - sempre in base ai criteri previsti dalle Linee Guida di cui alla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, III.1.2 e III.1.3 - secondo il “significato più logico e pertinente rispetto alla questione da esaminare” ovvero come richiesta “di ristoro del pregiudizio subito” in termini di indennizzo liquidabile in sede di definizione, a prescindere dalla qualificazione data dall’utente. In riferimento poi alle altre domande che riguardano essenzialmente sub a) il ripristino del piano tariffario originario o in alternativa la previsione di promozioni gratuite “per compensare i costi dovuti per il cambio piano”, come specificato dall’utente, e sub b) il riaccredito del bonus promozionale azzerato, deve rilevarsi che esse hanno ad oggetto quei rimedi che H3g ha posto in essere a propria tutela nel momento in cui ha riattivato l’utenza del Sig. X e dei quali la società ha dato atto solo in risposta alla richiesta ex art. 5 del Regolamento di adozione di un provvedimento temporaneo. Evidentemente, quindi, l’utente non avrebbe potuto avanzare precedentemente tali domande. Appare quindi trattarsi “della medesima questione originata da un unico fatto/inadempimento”, come tale ammissibile in sede di definizione della controversia (cfr. Corecom Emilia-Romagna, delibera n. 3/12). Le domande sub a) non possono essere comunque accolte anche sulla base del fatto che sono volte ad ottenere sostanzialmente un *facere* da parte dell’operatore che non rientra nel possibile oggetto della decisione amministrativa della controversia deferibile all’Autorità o al Corecom ai sensi dell’art. 19 del Regolamento, che prevede che l’oggetto della pronuncia riguardi esclusivamente la liquidazione di indennizzi e/o il rimborso - storno di somme non dovute. Quanto infine alla richiesta di rimborso delle spese di cui alla domanda sub d), si ritiene necessario precisare che, pur se è previsto dal Regolamento all’art. 19,6 il rimborso delle spese di procedura purché la quantificazione delle stesse rispetti i criteri di equità e proporzionalità, nel caso di specie, in conseguenza del rigetto integrale delle domande, deve procedersi ad una chiusura del procedimento a spese compensate.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa del presente atto espresso dalla Responsabile del Servizio Corecom dr.ssa Primarosa Fini, il Corecom, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

1. Rigetta l'istanza di X nei confronti di H3g X per le motivazioni di cui in premessa.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito web del Corecom e dell'Autorità.

Il Segretario
Dott.ssa Primarosa Fini

La Presidente
Prof.ssa Giovanna Cosenza