

DELIBERA N. 147/2020

**XXX / WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/195124/2019)**

Il Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Il Corecom Emilia-Romagna del 05/11/2020;

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*”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera 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 denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS del 12 luglio 2018 recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e

la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l'istanza di XXX del 27/10/2019 acquisita con protocollo n. 0452963 del 28/10/2019;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 05/11/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante lamenta il seguente problema nei confronti di Wind Tre (di seguito Wind), dichiarando, nell'istanza introduttiva del procedimento (depositata in data 27/10/2019; l'udienza di conciliazione si è svolta in data 29/08/2019), quanto segue. In data 15/02/2018 effettuava il passaggio verso altro gestore telefonico facendo espressa richiesta di trasferire sia il numero che il credito. Veniva passato il numero, ma Wind tratteneva il credito residuo pari ad euro 882,02. In data 02/03/2018, effettuava reclamo n. 108XXXX324 per richiedere nuovamente il trasferimento del credito sulla numerazione con cui aveva effettuato il passaggio e che era già presso altro gestore. Dopo alcuni giorni di totale silenzio da parte di Wind, in data 12/03/2018 rinnovava la richiesta di trasferimento, anche in tal caso senza esito alcuno. In data 07/04/2018, presentava, attraverso il modulo Wind "Modulo per la restituzione del credito residuo", formale richiesta di accredito con trasferimento su altra numerazione ricaricabile Wind nel tentativo di recuperare nuovamente il credito, ma nuovamente l'operazione non aveva successo, nè Wind forniva alcuna risposta. In data 29/08/2019, nel corso dell'udienza di conciliazione, Wind rifiutava la richiesta di rimborso in oggetto, limitandosi ad offrire la somma omnicomprensiva di euro 300 per la chiusura definitiva della vertenza, somma che non veniva accettata. Ciò premesso, l'istante richiede: 1) rimborso del credito residuo, pari ad euro 882,02 circa, presente sulla numerazione Wind fino al passaggio ad altro gestore; 2) indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di ritardo nel trasferimento del credito; 3) ogni altro indennizzo previsto per il disservizio verificatosi. Quantifica i rimborsi o indennizzi richiesti in euro 3.967,02.

2. La posizione dell'operatore

Wind, con memoria in data 13/12/2019, evidenzia quanto segue: - trattasi di sim Consumer prepagata attivata in data 05/11/2017 e disattivata il 15/02/2018 mediante MNP (schermata allegata); - in data 17/04/2018 perveniva richiesta scritta di trasferimento del credito residuo; - la richiesta veniva gestita in data 16/05/2018 e non veniva accolta (veniva fornita apposita risposta scritta, allegata agli atti): infatti, all'esito di verifiche effettuate, emergeva che il credito richiesto sarebbe risultato frutto di diverse sovrascritture e trasferimenti credito mnp provenienti da numerazioni di olo; in particolare, la numerazione oggetto della presente controversia riceveva diversi

trasferimenti mnp con contestuale cambio numero che andava a sovrascrivere la numerazione precedente (schermata allegata); - la sim, quindi, non aveva denotato un profilo d'uso regolare, risultando sostanzialmente inutilizzata, a conferma del fatto che la loro attivazione sarebbe stata strumentale unicamente alla monetizzazione e al trasferimento del credito residuo attraverso la disattivazione delle sim (allegata schermata riportante accrediti/addebiti periodo 01/01/2017-31/12/2019); - nel merito, richiama l'art. 4.1 delle Condizioni generali di contratto Wind (allegate), rubricato "Abuso del Contratto", il quale recita "Il Cliente ha l'obbligo di utilizzare il Servizio nel rispetto delle leggi, dei regolamenti vigenti e delle Condizioni generali di Contratto. Qualsiasi uso difforme del Servizio configura inadempimento del Cliente, con risoluzione automatica del Contratto secondo l'art. 1456 c.c., fatto salvo il risarcimento integrale dei danni conseguenti. Il Cliente ha l'obbligo di non utilizzare i Servizi in modi o per scopi illeciti o per fini di lucro e terrà indenne Wind da ogni conseguenza derivante da illecita fruizione propria o di altri. Il Cliente deve attenersi ai criteri di buona fede e correttezza nell'uso e nella fruizione del Servizio astenendosi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del Servizio, dei servizi e delle promozioni rispettando i limiti, le condizioni e le modalità dell'offerta, quali – a titolo di esempio – avvalersi di artifici per conseguire o far conseguire a terzi, o ad altre numerazioni, ricariche, o accrediti di traffico, anche eventualmente sfruttando o aggirando i sistemi di contabilizzazione o di addebito/accredito del traffico e/o dei costi delle opzioni. Il Cliente dovrà, inoltre, astenersi da usi non consentiti del servizio come, a titolo di esempio, chiamate contemporanee o consecutive o ad intervalli regolari verso gli stessi destinatari o verso numerazioni con risponditori automatici, generazione di un numero anomalo di SMS/MMS o chiamate brevi in arco di tempo limitato e in generale, laddove si rilevino chiamate/sms non aventi caratteristiche di normali conversazioni/messaggi tra persone (p2p). Resta inteso che è comunque vietato effettuare una distribuzione del traffico telefonico tra le eventuali diverse Carte SIM di titolarità del Cliente finalizzata a conseguire o far conseguire a terzi ricariche o accrediti di traffico, aggirando di fatto i parametri di traffico standard previsti all'articolo 6.1. Nei casi indicati Wind si riserva la facoltà di sospendere il Servizio e di addebitare al Cliente gli importi corrispondenti al traffico non correttamente tariffato, ferma restando la facoltà di adottare ogni altra misura di tutela"; richiama altresì l'art. 6.1 "Segnalazione dei consumi anomali e sospensione del servizio", il quale dispone che "Il Servizio è destinato all'utilizzo personale da parte del Cliente. Si presume personale l'utilizzo del Servizio che rispetta i seguenti parametri: 1. traffico uscente giornaliero per SIM non superiore a 200 minuti e/o 300 SMS/MMS; 2. traffico uscente mensile per SIM non superiore a 2000 minuti e/o 4000 SMS/MMS; 3. traffico (minuti e/o SMS/MMS) uscente giornaliero/mensile per SIM indirizzato verso altri operatori non superiore al 60% del traffico uscente complessivo e comunque non superiore al 50% del traffico vs mobile complessivo; 4. traffico (minuti e/o SMS/MMS) uscente giornaliero/mensile per SIM indirizzato verso un singolo operatore mobile diverso da Wind non superiore al 40% del traffico uscente complessivo e comunque non superiore ad 30% del traffico vs mobile complessivo; 5. traffico (minuti e/o SMS/MMS) uscente giornaliero/mensile per SIM indirizzato verso la propria rete di utenze Wind non sia superiore al 80% del traffico uscente complessivo; 6. traffico giornaliero uscente o entrante finalizzato ad autoricarica non superiore a due ore di conversazione ed a 50 SMS o MMS..... Il superamento di almeno uno dei parametri sopra indicati, e/o l'utilizzo di piani tariffari Flat per svolgere attività della tipologia sopra indicata, costituisce presunzione di un utilizzo non conforme del Servizio. In tale ipotesi Wind effettuerà le necessarie verifiche (compreso l'eventuale contatto con il Cliente) riservandosi la facoltà

di sospendere il Servizio...”. - richiama, in linea con le suddette previsioni contrattuali, le seguenti delibere: n. 193/16/CIR (AGCOM), n. 25/2016 Corecom Emilia-Romagna, n. 48/15/CIR, n. 58/15/CIR, n. 732/13/CONS, determina n. 207/RO/2015 Corecom Calabria e la recente determina 89/2017 Corecom Calabria, in ciascuna delle quali si afferma chiaro il principio per cui “corre l’obbligo per il cliente di non utilizzare o far utilizzare, direttamente o indirettamente, i servizi per scopo di lucro, anche indiretto” (articolo 4.1 Condizioni Generali di Contratto) pena la facoltà del gestore di sospendere o risolvere il contratto “per l’uso improprio illegittimo del servizio” (articolo 6.1 Condizioni Generali di Contratto)” - afferma che la naturale funzione economico-sociale del contratto, che sottende al rapporto sinallagmatico tra le parti, va individuata nel servizio di comunicazione dietro il pagamento di un corrispettivo; né può affermarsi che l’assenza di un limite massimo di traffico possa legittimare qualsiasi condotta, in violazione delle generali regole di buona fede nell’esecuzione del contratto (articoli 1337, 1175 e 1375 del Codice civile) e di solidarietà tra le parti, tenute a preservare reciprocamente i propri interessi, dovendosi dunque, nella verifica, far ricorso ad un canone di valutazione che tenga conto dell’uso “normale” e “ragionevole” del servizio telefonico, con riguardo alla sua naturale destinazione, consistente nella comunicazione interpersonale; - afferma altresì che il cliente, nel momento in cui ha firmato la proposta di contratto per l’attivazione della sim (allegata pdc sottoscritta), ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli art. 1341 e 1342 cod. civ., di approvare specificamente le clausole delle “Condizioni generali di contratto” e tutti gli Allegati e che il comportamento tenuto dall’istante, pertanto, ha comportato la palese violazione sia di principi civilistici di carattere generale – quali il dovere di correttezza e di buona fede ex art. 1175 c.c. cui le parti contrattuali debbono conformare la propria condotta – sia di norme contrattuali; - precisa di avere provveduto ad informare il punto di contatto Vodafone circa le MNP da Vodafone verso Wind con relativo trasferimento del credito al fine di verificare se trattavasi di abuso a suo danno con relativo blocco del trasferimento del credito (allegata segnalazione a Vodafone). In ragione della suesaposta ricostruzione degli eventi, ritiene che alcuna responsabilità possa dunque essergli addebitata in merito al trasferimento del credito residuo. Chiede pertanto di rigettare la richiesta avanzata dall’istante in conformità con quanto stabilito dall’allegato A della delibera n. 347/18/CONS in materia di “Esclusione degli indennizzi” all’art. 14: “Se l’utente ha utilizzato i servizi di comunicazione elettronica in maniera anomala o, comunque, non conforme alla causa o alle condizioni del contratto stipulato, sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento per i disservizi conseguenti o, comunque, collegati a tale utilizzo”. Infine, rispetto al ritardo/mancato trasferimento del credito residuo, richiama la determina AgCom 108/16/DIT con cui si dispone, ai sensi dell’art. 20, comma 2, del Regolamento, l’archiviazione del procedimento avviato nei confronti di Wind (ad oggi delibera 353/19, art. 21, comma 2), in quanto né la carta servizi Wind né tantomeno la ex Delibera 73/11/CONS (ad oggi 347/18/CONS) “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori” contemplano un indennizzo di 5 euro per ogni giorno di ritardo nell’erogazione del suddetto credito. Richiama, al riguardo, anche la delibera Corecom Puglia n. 2 del 15/02/2013, che dichiara inammissibile la richiesta di indennizzo dell’istante per ritardata restituzione del credito residuo, non essendo la stessa ricompresa nella fattispecie di cui alla delibera 73/11/CONS.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte possono essere parzialmente accolte, come di seguito precisato. La richiesta di cui al punto 1) può essere accolta. La presente controversia si iscrive nell'operazione generale di messa in scadenza, da parte degli operatori, del credito residuo invocato dagli utenti, la quale, già valutata dall'Autorità, è stata ritenuta un legittimo mezzo di autotutela nei confronti di quei clienti che avevano utilizzato il servizio di autoricarica in maniera non conforme alle condizioni contrattuali. Ciò premesso, nel caso di specie, deve peraltro rilevarsi che, sebbene risulti agli atti che Wind avesse, in effetti, inoltrato a Vodafone segnalazione di sospetta frode circa le MNP richieste, non risulta tuttavia avere mai fornito all'istante alcuna (doverosa) spiegazione circa le ragioni di tale condotta; infatti, nella missiva in data 16/05/2018, di riscontro alla richiesta di restituzione del credito residuo, datata 07/04/2018, si limitava a precisare di avere effettuato le opportune verifiche in esito alle quali non era emersa alcuna anomalia, ragion per cui la richiesta inoltrata non poteva essere accolta. Ebbene, non può ritenersi sufficiente, al fine di un esonero da responsabilità, la semplice circostanza che l'operatore abbia provveduto a rispondere per iscritto alle richieste dell'utente, dovendo infatti informarlo anche circa gli accertamenti compiuti e i motivi ostativi all'accoglimento delle stesse. Non è, evidentemente, conforme a ciò un riscontro che risulti essere del tutto generico e che si limiti a reiterare dati già noti. Nel caso di specie, la condotta dell'operatore, limitandosi a ribadire la correttezza del proprio operato, non risulta essere stata conforme agli obblighi informativi sopra esplicitati, il che fonda il diritto dell'utente alla restituzione del credito residuo maturato, presente sulla sim n. 340XXXX426 ed asseritamente ammontante ad euro 882,02. La richiesta di indennizzo per ritardo nel trasferimento del credito, di cui al punto 2), non può essere accolta, non rientrando tra le fattispecie previste come indennizzabili ai sensi della delibera n. 347/18/CONS. La richiesta di cui al punto 3) non può essere accolta, non ravvisandosi, rispetto alla vicenda in esame, ulteriori disservizi meritevoli di indennizzo.

Per questi motivi il Corecom all'unanimità

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti di Wind Tre per le motivazioni di cui in premessa.
2. Wind Tre è tenuto a rimborsare all'istante, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, il credito residuo maturato, presente sulla sim n. 340XXXX426 ed asseritamente ammontante ad euro 882,02.
3. Wind Tre è tenuto a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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* dell'Autorità.

Bologna, 05/11/2020

Firmato
IL PRESIDENTE
Stefano Cuppi