

DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/307718/2020

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Wind Tre (Very Mobile)

IL DIRETTORE

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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito Regolamento;

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 Regolamento Indennizzi;

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 dell’utente XXX, del 20/07/2020 acquisita con protocollo N. 0311340 del 21/07/2020

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

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

A seguito dell’udienza di conciliazione convocata per il giorno 30/06/2020, l’istante ha presentato istanza di definizione, in data 20/07/2020 (GU14/307718/2020). L’utente, titolare della sim ricaricabile n. 392XXXX6201, lamenta che in data 23 dicembre 2019, cessava la linea senza preavviso, a seguito di mancata ricarica dopo 12 mesi. Aggiunge che l’operatore non inviava alcun sms per ricordare la scadenza della sim e che in data 23/12/2019, inviava reclamo, via pec. In base a tali premesse, chiede: a) il ripristino della numerazione con il piano tariffario presente al momento della disattivazione; b) la restituzione del credito a scadenza per il mese di dicembre. c) indennizzo per mancata risposta al reclamo, inviato in data 23/12/2019; d) indennizzo per le spese di procedura; e) indennizzo per la perdita del numero, ai sensi dell’art. 10, allegato A, alla delibera n. 347/18/CONS.

La società Wind tre (di seguito Wind), con memoria depositata in data 23/09/2020, prot. 0388217, dichiara quanto di seguito: 1) In data 09/05/2004, veniva attivata l’utenza ricaricabile n. 392XXXX6201, con piano tariffario TuMatic; 2) La sim ha validità 12 mesi, più 1 mese dall’attivazione o dall’ultima ricarica; 3) In data 12/11/2019, a differenza di quanto indicato dall’utente, veniva inviato al numero dello stesso, un SMS informativo della scadenza della sim, prevista per il giorno 11/12/2019, nel quale veniva invitato ad effettuare una ricarica per evitare la disattivazione; 4) in data 21/12/2019, non essendo stata effettuata alcuna ricarica, l’utenza veniva disattivata per scadenza; 5) l’ultima ricarica volontaria da parte del cliente, veniva effettuata in data 28/10/2018; 6) l’art. 5 (punto 4) delle condizioni generali di contratto, stabilisce che “in caso di servizi UMTS prepagati “3”, fornirà al Cliente i predetti servizi UMTS per un periodo di 12 mesi decorrenti dal giorno di attivazione USIM, o dall’ultima operazione di pagamento (ricarica). Trascorso tale periodo “3”, previa comunicazione al Cliente, a mezzo sms, si riserva di disattivare la USIM con diritto del cliente alla restituzione

del credito residuo; 7) in data 15/01/2020 (prima dell'udienza di conciliazione), riusciva a recuperare sull'anagrafica del cliente il n. 392XXXX6201 con ICCID fittizio e ricarica di euro 15,00, per consentire eventuale sostituzione sim; 8) invitava l'utente a recarsi presso un punto vendita per la sostituzione gratuita della sim, con i predetti dati, per il recupero del numero; 9) proponeva all'utente l'attivazione gratuita di un piano tariffario congruo, ma quest'ultimo rifiutava. Chiede di rigettare le domande avversarie, perché infondate in fatto e in diritto.

Preliminarmente, si osserva come in tale sede, l'istante, avanza domande nuove – sub c), sub d) e sub e) -, rispetto a quanto richiesto con l'istanza di conciliazione. Si tratta di richieste inammissibili, poiché non previamente formulate in sede del prodromico tentativo obbligatorio di conciliazione e che si qualificano, pertanto, come “*ius novorum*”. Infatti, ai sensi della 14, comma 3, allegato A alla delibera n. 353/19/CONS, “A pena di irricevibilità, l'istanza con cui viene deferita al CORECOM la risoluzione della controversia è presentata mediante compilazione del modello GU14 e contiene a pena di irricevibilità, le medesime informazioni, di cui all'art. 6, comma 1...” Sul punto, giova richiamare l'orientamento costante dell'Autorità, secondo il quale “l'oggetto della richiesta di definizione deve essere lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, il che non deve significare che le istanze presentate in sede conciliativa e in sede di definizione debbano essere identiche, ma che la questione in discussione sia la medesima, poiché, altrimenti, se si ammettesse l'ampliamento dell'esame a questioni ulteriori, si consentirebbe in pratica di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni”. Venendo alla materia del contendere, l'istante, lamenta la cessazione della linea telefonica n. 392XXXX6201, senza preavviso, a seguito di mancata ricarica dopo 12 mesi, ragion per cui chiede il ripristino della numerazione con il piano tariffario presente al momento della disattivazione e la restituzione del credito residuo nel mese di dicembre. Atteso che la parte allega soltanto una pec di reclamo del 23/12/2019, non apportando nessun altro documento e né tantomeno elementi utili alla definizione della controversia, emerge la necessità di ricostruire l'intera vicenda sulla base della memoria presentata dall'operatore e degli allegati da questo prodotti. Dall'istruttoria, emerge che la disattivazione della scheda sim è avvenuta legittimamente a fronte della mancata ricarica da parte dell'utente, nel termine contrattualmente previsto e del preavviso inviatogli tramite SMS informativo del 12/11/2019 (documentato da Wind). L'operatore infatti, spiega che la sim de qua aveva una durata di 12 mesi più 1 dall'attivazione o dall'ultima ricarica e che l'utente effettuava l'ultima ricarica in data 28/10/2018 e riceveva il giorno 12/11/2019, un SMS con cui veniva chiaramente informato che la sim sarebbe scaduta in data 11/12/2019 e che in difetto di ricarica, la stessa sarebbe stata disattivata, come in effetti avveniva nella predetta data (produce la scheda di storicizzazione del traffico SMS di Alert del giorno 12/11/2019: “Gentile cliente, la tua sim scade l'11/12/2019. Ricarica a pagamento, o la sim si disattiva...per info visita...”). Sul punto, giova richiamare l'art. 5 delle condizioni generali di contratto (Durata), il cui punto 4, stabilisce “in caso di servizi UMTS prepagati “3”, fornirà al cliente i predetti servizi UMTS per periodi di 12 mesi decorrenti dal giorno di attivazione della USIM o dall'ultima operazione di pagamento (“ricarica”).Trascorso detto periodo, “3” previa comunicazione al cliente tramite SMS, si riserva di disattivare la SIM, con diritto del cliente alla restituzione del solo credito residuo”. Alla luce delle richiamate disposizioni, si ritiene che la vicenda in esame debba essere valutata alla luce degli obblighi assunti contrattualmente dalle parti rispetto alla durata della sim ricaricabile e più in generale, alla luce dei principi di correttezza e buona fede contrattuale durante l'adempimento delle obbligazioni, di cui rispettivamente agli artt. 1175. e 1375 c.c. Le predette disposizioni trovano conforto nell'orientamento giurisprudenziale dominante in materia di buona fede contrattuale, secondo il quale “essa costituisce oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, consistente in un generale dovere di solidarietà che impone a ciascuna delle parti, di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra.....”, “trovando tale impegno il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendono necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico” (Cass. 14605/2004 e Cass. 10182/09). In particolare, all'operatore non può essere imputato alcun comportamento contrario a buona fede, se si considera che: a) dopo avere debitamente preavvisato ed allertato l'utente in merito alla disattivazione in caso di mancata ricarica, ha comunque proceduto alla disattivazione dell'utenza in data 21/12/2019 e dunque, in un lasso di tempo tale da consentirgli, volendo, di attivarsi per regolarizzare la propria posizione; b) in data 15/01/2020, e comunque prima dell'udienza di conciliazione, riusciva tecnicamente a recuperare la numerazione del cliente, con ICCID fittizio e ricarica di Euro 15,00, per consentire eventuale sostituzione sim, come emerge dalla schermata gestionale versata in atti. Ulteriormente, l'operatore invitava la parte a recarsi

presso uno dei punti vendita per la sostituzione gratuita della sim, con un piano tariffario congruo alle esigenze dell'utente stesso, ma quest'ultimo rifiutava, circostanza non contestata dallo stesso. Di converso, la condotta dell'utente non può dirsi connotata da altrettanta diligenza, atteso che: a) lasciava consapevolmente e arbitrariamente scadere la sim, pur a fronte di adeguato e tempestivo preavviso; b) ne richiedeva a posteriori l'immediata riattivazione senza tenere conto, né delle tempistiche tecniche, né della ratio sottesa alle condizioni di utilizzo e di durata della sim stessa cui era contrattualmente obbligato. In merito, giova richiamare l'orientamento dell'Autorità, secondo il quale la disattivazione di una scheda sim può ritenersi legittima, laddove l'operatore abbia rispettato le previsioni contrattuali che sanciscono a carico dell'utenza oneri di ricarica o di utilizzo della sim stessa, al fine di non incorrere nella disattivazione. Quando, come nel caso di specie, il contratto preveda limitazioni all'utilizzo della sim nel periodo antecedente la scadenza (dopo 12 mesi dall'ultima ricarica, è previsto un ulteriore mese in cui la sim può ricevere), l'operatore dovrà dimostrare di avere debitamente allertato l'utente, con un congruo preavviso, dell'imminente scadenza del periodo di validità del servizio, offrendogli quindi la possibilità di evitare una simile evenienza. Ne consegue, che la facoltà contrattualmente prevista di richiedere la riattivazione della sim anche dopo la scadenza, deve essere interpretata come residuale rispetto alla ratio del contratto, le cui disposizioni sono volte a rendere l'utente prontamente informato sullo stato della propria scheda e dunque, a consentirgli di effettuare una eventuale ricarica ed evitare la scadenza della sim. Inoltre, si evidenzia, come un tale meccanismo sia rivolto a tutelare l'interesse degli utenti alla conservazione della numerazione in uso, nel rispetto degli obblighi di trasparenza e della prassi che caratterizza il settore delle telecomunicazioni, secondo il quale, l'operatore, a prescindere da uno specifico obbligo contrattuale, prima di procedere alla disattivazione, deve comunque fornire all'utente una idonea e tempestiva informazione, in modo che quest'ultimo possa essere messo nella condizione di valutare se proseguire nel rapporto contrattuale (effettuando ricarica a pagamento), ovvero se acconsentire alla disattivazione, con la probabile conseguente perdita della numerazione in uso. Pertanto, ove risultino rispettate le predette condizioni, come nel caso di specie, non risulta possibile rinvenire in capo all'operatore alcuna responsabilità per inadempimento, atteso che la riattivazione della sim, esigibile solo ove tecnicamente possibile, è stata garantita all'utente. Per tutti i motivi di fatto e di diritto suddetti, si ritiene che la condotta di Wind non determini per l'utente il diritto al ripristino della numerazione con il piano tariffario presente al momento della numerazione e pertanto, la domanda sub a) deve essere respinta. La domanda sub b) merita accoglimento (WIND allega visualizzazione del credito residuo) e pertanto, l'operatore è tenuto alla restituzione del credito residuo, asseritamente ammontante a Euro 15,00 (quindici/00), maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione.

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 20/07/2020, è tenuta a 1) Accoglie parzialmente l'istanza del Sig. XXX, nei confronti della società Wind Tre X 2) L'operatore è tenuto, a favore dell'utente, alla restituzione del credito residuo, presente sulla SIM n. 392XXXX6201, asseritamente ammontante a Euro 15,00 (quindici/00), maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore
RITA FILIPPINI