

DELIBERA DL/125/18/CRL/UD del 17 dicembre 2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

R. Bonamassa/ WindTre XXX

(LAZIO/D/1143/2017)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 17 dicembre 2018;

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”;

VISTO 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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018.

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, 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”;

VISTA l’istanza dell’utente R. Bonamassa presentata in data 21.12.2017;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato la sospensione delle proprie utenze mobili WIND nonchè la decurtazione del credito residuo da autoricarica maturato sulle sim stesse.

In particolare, nella memoria difensiva e nel corso dell’udienza l’istante ha dichiarato:

- di essere cliente WIND dal 18.2.2004 per la titolarità di due sim xxxx538 e xxxx508 aventi entrambe profilo tariffario BE WIND;
- che in data 29.11.2016 le linee venivano disattivate per *uso anomalo* del servizio comunicato a mezzo sms dal gestore e con integrale decurtazione del credito residuo pari ad € 550 sulla prima sim indicata e ad € 850,00 per la seconda;
- di non essere mai stata informata da Wind delle limitazioni contenute nelle CGC;
- la violazione dell’art. 6.1. CGC in quanto, nell’art. citato a fronte dei presunti utilizzi anomali, non si contempla come sanzione la decurtazione del credito;

- che in data 6.12.2016 inviava reclamo attraverso legale di fiducia.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- disporre ed ordinare a Wind Tre XXX il ripristino delle numerazioni e del relativo piano "Be Wind";
- disporre ed ordinare a Wind Tre XXX l'integrale restituzione del credito residuo sulle sim disattivate;

2. La posizione dell'operatore

Il gestore WindTre XXX si costituiva dichiarando che la sospensione sarebbe avvenuta nel rispetto degli artt. 4.1 e 6.1. delle CGC per uso anomalo del servizio.

Più in particolare ha dichiarato che:

- sulle numerazioni dell'istante risultava attivo il piano "Be Wind" che prevedeva, tra l'altro, un bonus di autoricarica in funzione del traffico ricevuto;
- le Condizioni Generali di Contratto Wind esplicitano chiaramente le caratteristiche del servizio di telefonia mobile, specificando modalità e limiti relativi al servizio specifico;
- l'art. 4.1 rubricato "Abuso del contratto" prevede, tra l'altro, che il cliente debba utilizzare il servizio attenendosi a criteri di buona fede e correttezza, astenendosi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del servizio e delle promozioni, rispettando i limiti, le condizioni e le modalità dell'offerta.
- che in data 29.11.2016 le sim dell'istante venivano sospese a seguito della riscontrata violazione di quanto previsto dai succitati artt. 4.1 e 6.1 delle CGC, nonché in conformità con quanto stabilito dall'allegato A alla delibera n. 73/11/CONS all'art. 13 in materia di "esclusione degli indennizzi" e "traffico anomalo";
- di aver inviato in data 29.11.2016 sms all'istante in cui si informava che, avendo riscontrato un utilizzo difforme dai principi di buona fede e correttezza, si era provveduto alla sospensione del servizio stesso ed alla decurtazione del credito generato da autoricarica, avvisandola inoltre che, in assenza di sua comunicazione per concordare cambio profilo tariffario, si sarebbe proceduto entro 15 giorni alla disattivazione della sim.

Riportava all'interno della memoria difensiva, a titolo esemplificativo, schema contenente gli assunti volumi di traffico giornaliero entrante finalizzato ad autoricarica rilevati antecedentemente all'occorrenza sospensione.

Declinava, pertanto, ogni responsabilità per aver legittimamente azionato i rimedi contrattualmente previsti in ottemperanza a quanto disposto anche dall'Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS all'art. 13.3.

Concludeva chiedendo il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante perchè del tutto infondate in fatto ed in diritto

3. Motivazione

Preliminarmente si dichiara l'improcedibilità ed inammissibilità della domanda di "riattivazione del numero e del relativo piano Be Wind".

La stessa non rientra, infatti, nell'ambito delle competenze del Corecom, così come delineate dall'art. 19 della Delibera Agcom n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni ai sensi del quale: "L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non

dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell’Autorità”.

Sempre in via preliminare, in ossequio alla normativa di cui all’art.14, comma 1, della Deliberazione 173/07/CONS, che limita la *definizione* della controversia al contenuto dell’*istanza di conciliazione*, espressamente si delimita l’oggetto della disamina alle domande formulate dalla Sig.ra R. Bonamassa con l’istanza UG del 30.8.2017.

È pacifico, difatti, che l’oggetto della richiesta di definizione debba essere lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione.

Diversamente si consentirebbe di aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa per le nuove questioni.

Con l’istanza UG l’istante ha indicato quale numero interessato dal disservizio solo lo xxxx538 chiedendo la riattivazione di quel solo numero ed il riaccredito del credito residuo di € 550,00.

Alcun riferimento o menzione al disservizio relativo alla numerazione xxxxx508 invocato per la prima volta solo con l’istanza GU14.

Ogni domanda ulteriore all’istanza UG, successivamente formulata, viene, pertanto, dichiarata inammissibile e, fin da ora, rigettata.

Tanto premesso, l’istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall’art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile



Sotto il profilo strettamente normativo l’art.1, comma 1, della La legge n. 40/2007, che ha convertito, con modifiche, il Decreto Legge n. 7/2007, prevede che *“Al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, (...) è vietata, da parte degli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, l’applicazione di costi fissi e di contributi per la ricarica di carte prepagate, anche via bancomat o in forma telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto. E’ altresì vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. (...)”*

Questa disposizione è stata interpretata dalla delibera n. 416/07/CONS dell’Autorità nel senso di riconoscere implicitamente in capo all’utente che recede *“il diritto alla restituzione del credito residuo o alla sua trasferibilità in caso di portabilità, escludendo pertanto che contro la sua volontà l’operatore possa ulteriormente trattenere le relative somme”*

Ciò significa che l’istante ha, in linea generale, diritto alla restituzione del proprio credito ove (per qualunque motivo) cessi il rapporto con il proprio operatore mobile. Tuttavia, ciò non vale per il credito derivante da promozioni/bonus/autoricarica. Il credito di tale natura, infatti, deve essere conservato e, qualora venga azzerato, restituito tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore (dunque, generalmente, tramite accredito sull’utenza interessata o su una diversa utenza della stessa rete), ma non può essere né monetizzato né trasferito tra diversi operatori, poiché non ha natura monetaria, bensì promozionale o di bonus e pertanto non può essere considerato “acquistato” dall’utente nel senso previsto dalla legge.

Ne consegue che la possibilità di monetizzare il credito promozionale è preclusa perché *contra legem*.

Nel caso in esame, in linea con l’orientamento più volte utilizzato dall’Autorità in casi analoghi, si ritiene fondamentale appurare se, nel caso *de qua*, vi siano stati episodi di utilizzo improprio del servizio da parte della ricorrente tali da integrare la violazione degli art. 4.1 e 6.1 delle CGC e

dell'art 13 della Deliberazione 73/11/CONS, non conformi al contratto sottoscritto oltre che in violazione del generale principio di buona fede.

Il gestore ha esposto nelle proprie memorie difensive che l'utenza oggetto di contestazione avrebbe ricevuto traffico voce entrante finalizzato ad autoricarica superiore a due ore di conversazione giornaliera, ritenendo così comprovato l'utilizzo improprio del servizio che giustifica la sospensione della sim.

Vi è, però, che il prospetto riportato da Wind nella memoria difensiva quale prova del ritenuto abuso, non raggiunge lo scopo di piena prova della violazione invocata dal gestore a puntello della legittimità della sospensione.

Il gestore non ha provato, con idonea documentazione, avente effettiva valenza probatoria, l'asserito uso anomalo.

Non ha prodotto i tabulati di traffico della sim.

Non si ritiene, infatti, che la mera esemplificazione riportata nello specchio illustrativo possa dare concreta certezza ai volumi di traffico esposti i quali, ritenuti anomali dal gestore, ma non riscontrabili e valutabili dallo scrivente, hanno condotto alla sanzione della sospensione della linea. Non reputando, pertanto, la mera dichiarazione resa da Wind atta a provare inconfutabilmente l'uso anomalo del servizio rispetto alle condizioni del contratto da parte della ricorrente, si ritiene di accogliere parzialmente le domande dell'istante.

E così:

Quanto alla restituzione del credito

Considerato che quest'ultimo è derivante da autoricarica e, quindi, stante tale specifica natura non monetaria bensì promozionale, lo stesso non risulta monetizzabile, né trasferibile su sim di altro gestore e neppure riaccreditabile su conto corrente intestato all'istante.

Si dispone, pertanto, in linea con l'impostazione assunta dall'Autorità con la delibera n. 106/14/CIR, che la società Wind trasferisca il credito azzerato in data 29.11.2016 su una nuova sim intestata all'istante, a titolo di bonus non monetizzabile, da utilizzare entro dodici mesi dalla sua emissione.

Quanto alla sospensione del servizio

Non essendo emersa agli atti l'esistenza dei presupposti della sospensione, si ritiene equo riconoscere all'utente il diritto alla liquidazione del relativo indennizzo previsto dall'art. 4, allegato A alla delibera n. 73/11/CONS dal 29.11.2016 (data di sospensione della linea) al 14.12.2016 (data di disattivazione), per complessivi 15 giorni e, dunque, per un importo totale pari ad € 112,50.

4. Sulle spese del procedimento

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "*del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione*".

Nel caso di specie, a fronte della reciproca soccombenza, si ritiene di compensare le spese procedurali.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accogliere parzialmente l'istanza della Sig.ra R. Bonamassa nei confronti di WINDTRE XXX;
2. La WindTre XXX è tenuta a riaccreditare all'istante il credito frutto dell'autoricarica maturato sulla linea n. XXXXX538 alla data del 29.11.2016 di sospensione della stessa, su altra utenza del gestore Wind Tre XXX, sotto forma di traffico da effettuare, che dovrà essere utilizzato dall'istante entro dodici mesi dall'espletamento di detta operazione;
3. La WindTre XXX è tenuta a corrispondere all'utente, la somma di 112,50 ai sensi dell'art. 4, allegato A alla delibera n. 73/11/CONS per l'illegittima sospensione della linea;
4. 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
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 17/12/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto