

	Presidente	Gualtiero Mazzi
	Componenti	Nerino Chiereghin Fabrizio Comencini Marco Mazzoni Nicoletti Luigi Perissinotto
	Dirigente	Carla Combi

Deliberazione n. 49 del 20 maggio 2020

OGGETTO: Definizione della controversia (GU14/247749/2020) P.C. / WIND TRE spa (VERY MOBILE).

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Preso atto che nella seduta odierna, tenuta presso la sede di Mestre (VE), via Poerio n. 34, la composizione del Comitato è quella riportata nella seguente tabella:

	Presente	Assente
Gualtiero Mazzi	X	
Nerino Chiereghin		X
Fabrizio Comencini	X	
Marco Mazzoni Nicoletti	X	
Luigi Perissinotto	X	

Preso atto altresì della presenza della dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, che svolge le funzioni di verbalizzante;

Vista la Legge regionale 10 agosto 2001, n. 18 ed in particolare l'art. 3 "*Funzioni del Presidente*";

Visto il Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato ed in particolare l'art. 7 "*Verbale delle sedute*";

Preso atto che il Presidente ha designato quale Relatore la dott.ssa Carla Combi, Dirigente dell'Ufficio Supporto Corecom del Consiglio regionale del Veneto, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato;

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'art. 12 della l.r. 10 agosto 2001, n. 18 recante "*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Corecom)*" ai sensi del quale "*Il Comitato svolge le funzioni di governo, di garanzia e di controllo di rilevanza locale del sistema delle comunicazioni delegate dall'Autorità ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249 e del Regolamento adottato dall'Autorità con deliberazione n. 53 del 28 aprile 1999*" (comma 1) e, in particolare, la "*istruttoria in materia di controversie tra ente gestore del servizio di telecomunicazioni e utenti privati*" (comma 2, lettera z);

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*" (di seguito denominato *Regolamento*), come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

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 “*Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni*”, sottoscritta in data 26 marzo 2018 tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni del Veneto;

Vista l'istanza di P.C. del 21.02.2020 acquisita con protocollo n. 0080781 del 21.02.2020;

Visti gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerato, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti, quanto segue:

1. La posizione dell'istante

Con GU14 247749 del 21.02.2020, l'Utente lamenta che, a seguito di una modifica unilaterale del contratto, in data 13.06.2019, ha inviato all'Operatore comunicazione di recesso ex art. 70 comma 4 del codice delle comunicazioni elettroniche, chiedendo che il bonus di € 1.476,89 venisse trasferito sul numero intestato ad un altro soggetto, cliente dell'Operatore.

Con sms del 21.06.2019, l'Operatore comunicava che la richiesta non poteva essere accolta, l'Utente, pertanto, inviava un reclamo. L'Operatore rispondeva in modo generico, confermando quanto già comunicato con il messaggio del 21.06.2019.

L'Utente contesta la validità del riscontro, in quanto la stessa AGCOM, con Determina n 5 del 4/13/CRL, si è pronunciata in merito, deliberando che *“nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato*”. E ancora *“la mancata risposta al reclamo, da cui è derivata per l'utente una mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo “da mancata risposta al reclamo”, anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP*”.

L'Utente precisa altresì che l'AGCOM si è espressa più volte sulla trasferibilità del credito derivante da bonus su altra SIM del medesimo gestore, in applicazione dell'articolo 1, comma 3 della legge n. 40/2007, in base al quale i *“contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni*”. Inoltre lo stesso comma 1 del medesimo articolo prevede che è *“vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico del servizio acquistato*”.

Ne consegue, da quanto sopra, il diritto degli utenti a riavere il credito residuo acquistato. L'utente ha diritto alla restituzione del proprio credito ove, per qualunque motivo, cessi il rapporto con il proprio operatore mobile; ciò non vale per il credito derivante da promozioni, bonus o autoricarica. Il credito di tale natura, infatti, deve essere conservato e qualora venga azzerato, restituito tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore, ma non può essere monetizzato, né trasferito tra diversi operatori poiché non ha natura monetaria, bensì promozionale e, pertanto, non può essere considerato “acquistato” dall'utente.

Nel caso di specie, trattandosi di credito maturato tramite il meccanismo dell'autoricarica, non è possibile monetizzarlo e quindi trasferirlo sulla SIM di altro gestore ma deve essere messo a disposizione su altra SIM del medesimo gestore. Quanto sopra è stato recepito, fra gli altri, dal Corecom Umbria con Deliberazione n. 70 del 28 novembre 2016; dal Corecom Lazio (Definizione della controversia LAZIO/D/678/2015 n.07/2017) e dal Corecom Toscana con Deliberazione n. 59 del 20/04/2015.

A fronte di quanto sopra rappresentato, l'Utente chiede:

1. l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo pari ad € 300;
2. il rimborso del bonus di € 1.476,89, in quanto non trasferito, come richiesto, su altra SIM.

2. La posizione dell'operatore

L'Operatore si costituisce nel presente procedimento e contesta le doglianze dell'Utente.

Preliminarmente, l'Operatore precisa che sulla numerazione oggetto del presente procedimento, intestata all'istante in modalità prepagata/ricaricabile, risultava attivo il servizio "Pieno XXX" attraverso il quale la SIM si autoricaricava in base alle chiamate ricevute. In data 13.06.2019 perveniva segnalazione nella quale l'istante comunicava che sarebbe passato ad altro gestore e pertanto chiedeva di trasferire il bonus su altra sim intestata ad altro utente.

La scrivente convenuta prontamente comunicava all'istante che, così come previsto dalle condizioni contrattuali e carta servizi, non era possibile accogliere tale richiesta. Successivamente l'istante riproponeva la stessa richiesta e la convenuta confermava quanto già indicato in precedenza (risposta già in atti).

Frattanto, e precisamente in data 18/06/2019, l'utenza in parola migrava verso altro gestore e veniva pertanto trasferito il credito residuo presente sulla sim pari € 2,76. Il credito presente sulla sim qualche giorno prima della migrazione verso altro gestore, era infatti di soli € 4,36.

In via preliminare, si precisa che l'istante allega una serie di foto di un presunto display di un cellulare che non prova in alcun modo essere collegato alla sim in parola e pertanto privo di valore probatorio. Preme inoltre evidenziare, che così come previsto dalla Carta Servizi Wind all'art. 2.6 rubricato "Gestione del credito residuo per carte prepagate relative al servizio di comunicazione mobile e personale": "[...] Sarà riconosciuto solo il traffico effettivamente corrisposto e non ancora utilizzato al momento della cessazione, da cui saranno decurtati i bonus gratuiti e le promozioni erogati negli ultimi 13 mesi".

Si precisa altresì che secondo correttezza e buona fede, aderendo al servizio di telefonia mobile, il cliente può effettuare e ricevere chiamate telefoniche, inviare e ricevere messaggi, ed usufruire del servizio di connettività internet secondo le modalità e con i limiti relativi al servizio specifico.

Le condizioni di contratto all'art. 4.1 rubricato "Abuso del Contratto" precisano, infatti, che "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 XXX 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 XXX 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". L'art. 6.1 "segnalazione dei consumi anomali e sospensione del servizio" dispone che "Il Servizio è destinato all'utilizzo personale da parte del Cliente..." All'atto della sottoscrizione della proposta di contratto per l'attivazione della sim, l'istante ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., di approvare specificamente le clausole delle "Condizioni generali di contratto" e tutti gli Allegati. Ad

abundantiam l'istante richiama la legge 40/2007 (decreto Bersani) che all'art.1 comma 1 indica che è “vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico del servizio acquistato”. A tal riguardo, si precisa che il bonus “Pieno XXX” per la sua stessa natura non è traffico del servizio acquistato. Alla luce delle suseposte argomentazioni pertanto si richiede che le richieste dell'istante siano integralmente rigettate.

L'Operatore chiede il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, ex art. 1241 cc e ss, chiede di operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolute indicate, di credito certo, liquido ed esigibile e dunque compensabile, fissando l'udienza di discussione come previsto da Delibera 353/19/CONS.

3. Motivazione della decisione

Con riferimento alla controversia, alla luce di quanto emerso dall'istruttoria, le richieste di parte istante non possono trovare accoglimento, come di seguito meglio precisato.

Con PEC del 13.06.2019, l'Utente ha comunicato all'Operatore il recesso e, contestualmente ha chiesto il trasferimento del bonus residuo su altra SIM, intestata ad altro soggetto.

Prontamente, l'Operatore ha comunicato l'impossibilità di trasferire il bonus su altra SIM di altro soggetto.

Reso edotto circa l'impossibilità di far accreditare il bonus su altra SIM intestata ad altro soggetto, in data 21.06.2019, l'Utente presenta un formale reclamo. In riscontro, con PEC del 24.06.2019, depositata in atti dallo stesso Utente, l'Operatore confermava quanto già precedentemente comunicato.

Ne consegue che non è meritevole di accoglimento la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo **sub 1**), in quanto non appare pertinente, al caso all'esame, il richiamato orientamento AGCOM.

Infatti, l'Utente è stato reso edotto dall'Operatore sia prima che dopo la presentazione del reclamo che la richiesta di trasferimento del bonus non poteva essere accolta.

La presentazione del reclamo, non comporta alcun obbligo in capo all'Operatore di accettare tout court le pretese avanzate dall'Utente.

I termini della questione erano chiari. Il bonus non poteva essere trasferito su una SIM intestata ad altro soggetto e di fatto è provato *per tabulas* l'Operatore ha persino fornito riscontro.

Non appare meritevole neppure la richiesta di rimborso del bonus di cui al **sub 2)** in quanto del tutto destituita di fondamento giuridico.

AGCOM con delibera n. 487/18/CONS – allegato A – ha previsto apposite linee guida sulle modalità di trasferimento dell'utenza nei contratti di adesione, precisando che, in caso di portabilità del numero, è riconosciuto in capo all'Utente il diritto al trasferimento del credito residuo, precisando al punto 5 che tale credito “può essere definito come l'importo prepagato, non ancora utilizzato, ricaricato autonomamente dall'utenza e non comprende gli importi riconosciuti in forma di bonus, promozione o altra iniziativa dell'operatore”.

Al punto 8, la stessa AGCOM ha precisato che “... Non è prevista la possibilità di trasferire l'eventuale credito residuo su altra SIM dello stesso operatore in quanto, il cliente pur di non perdere il proprio credito, sarebbe fortemente disincentivato a porre fine al rapporto contrattuale con il vecchio gestore e costretto a prolungarne il rapporto contrattuale fino all'esaurimento del credito”.

Nel caso all'esame, l'Utente chiede il rimborso del bonus pari ad € 1.476,89 e come tale, per espressa previsione di AGCOM non è ricompreso nella nozione di credito residuo.

Da ultimo, vale la pena far notare che è proprio l'Utente a precisare nel formulario che “...L'utente ha diritto alla restituzione del proprio credito ove, per qualunque motivo, cessi il rapporto con il proprio operatore mobile; ciò non vale per il credito derivante da promozioni, bonus o autoricarica. Il credito di tale natura, infatti, deve essere conservato e qualora venga azzerato, restituito tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore, ma non può essere monetizzato, né trasferito tra diversi operatori poiché non ha natura monetaria, bensì promozionale e, pertanto, non può essere considerato “acquistato” dall'utente”.

Gli orientamenti citati a sostegno della richiesta di trasferire il credito maturato tramite il meccanismo dell'autoricarica su altra SIM del medesimo gestore, sono anteriori rispetto alla Delibera AGCOM n. 487/18/CONS.

Considerato che i competenti uffici hanno provveduto a svolgere l'istruttoria e a formulare le relative proposte, altresì illustrando il contenuto dell'allegato alla presente deliberazione;

All'unanimità dei voti espressi a scrutinio palese

DELIBERA

per le motivazioni espresse in premessa e che qui si intendono integralmente riportate:

- 1.** le richieste formulate dall'Utente con GU14/247749 devono essere rigettate;
- 2.** ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del "Regolamento", il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259;
- 3.** 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, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

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

Il Dirigente
f.to Carla Combi

Il Presidente
f.to Gualtiero Mazzi

Il verbalizzante
f.to Carla Combi