

DELIBERA N. 142/2020

**XXX / WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/221873/2019)**

Il Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Il Corecom Emilia-Romagna del 22/10/2020;

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

VISTA la delibera n. 296/18/CONS, recante “*Modifiche alla delibera n. 203/18/CONS con riferimento all’entrata in funzione della piattaforma ConciliaWeb*”;

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 ConciliaWeb, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la delibera n. 347/18/CONS, recante “*Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS*”;

VISTA la delibera 353/19/CONS, recante “*Modifica del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la delibera Agcom n. 179/03/CSP;

VISTA la delibera Corecom Abruzzo n. 5/11;

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 Assemblies legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l'istanza di XXX del 23/12/2019 acquisita con protocollo n. 0551439 del 23/12/2019;

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

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 22/10/2020;

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 23/12/2019; l'udienza di conciliazione si è svolta in data 15/10/2019), quanto segue. In data 11/05/2018, Wind gli sospendeva, per cause sconosciute, 7 sim card regolarmente attivate e pagate a novembre 2017. Inoltrava, in data 08/08/2018, formale reclamo a mezzo pec, con richiesta di riattivazione urgente in quanto le sim erano inserite all'interno di allarmi di casa che necessitavano del loro ausilio. Non ricevendo risposta, in data 21/08/2018 inoltrava nuovamente richiesta di riattivazione immediata, ma anche in questo caso senza ottenere risposta. In data 06/09/2018, effettuava chiamata al servizio clienti 155, aprendo l'ennesimo reclamo con pratica n. 112XXXX404. In data 07/09/2018, veniva ricontattato telefonicamente da una operatrice del servizio amministrativo, la quale gli riferiva che le sim oggetto di richiesta di riattivazione non potevano essere riattivate fino a quando il sottoscritto non avesse inoltrato loro un'autocertificazione in carta semplice, all'interno della quale dichiarava di rinunciare espressamente al credito presente sulle sim card in favore di Wind e di riconoscere i punti 4.1 e 6.1 delle Condizioni contrattuali di Wind, impegnandosi a rispettarli, inviando il tutto al numero 800XXX869 corredato di documento d'identità valido e firmato. Non effettuava nulla di quanto richiesto; al contrario, si informava presso le associazioni di categoria, le quali lo invitavano ad approfondire meglio le ricerche ed eventualmente a presentare richiesta al Corecom. Attualmente le sim sono ancora sospese e, a seguito di richiesta di informazioni presso i centri Wind, risulta non siano nemmeno in anagrafica; tuttavia, Wind si è appropriato

indebitamente del credito residuo rimasto sulle sim, stimabile in euro 4.387,00. Ciò premesso, l'istante chiede: 1) la disattivazione totale di tutte 7 le sim; 2) il rimborso del credito residuo spettante, pari ad euro 4.387,00, quale somma del credito di ogni singola sim così suddiviso: per il numero 340XXXX323 euro 635,00, per il numero 342XXXX413 euro 894,00, per il numero 346XXXX560 euro 289,00, per il numero 340XXXX805 euro 635,00, per il numero 340XXXX018 euro 660,00, per il numero 340XXXX269 euro 643,00, per il numero 340XXXX570 euro 631,00; 3) un indennizzo pari a 5 euro al giorno, in virtù della delibera n. 103/17/CONS, per ogni giorno di disservizio causato, moltiplicato per le 7 sim, a decorrere dalla data dell'11/05/2018 (giorno in cui sono state disattivate) fino alla data dell'effettiva liquidazione. Ad oggi sono 587 i giorni di disservizio x 7 sim pari ad un importo di euro 19.635,00 poi da ricalcolarsi alla data dell'effettiva liquidazione; 4) ogni altro indennizzo previsto per il disservizio senza limite massimo di importo. L'istante quantifica i rimborsi o indennizzi richiesti in euro 24.932,00.

2. La posizione dell'operatore

Wind, con memoria in data 06/02/2020, eccepisce quanto segue. A seguito di verifiche effettuate, emergeva quanto segue: - le sim oggetto di controversia denotavano un profilo d'uso irregolare, risultando sostanzialmente inutilizzate, a conferma del fatto che l'attivazione era stata strumentale al trasferimento e successiva richiesta di monetizzazione di credito residuo; - le numerazioni oggetto di controversia ricevevano diversi trasferimenti mnp dallo stesso olo con contestuale cambio numero che andava a sovrascrivere la numerazione precedente con contestuale trasferimento credito proveniente dall'olo (allegato tabulato); - le sim indicate risultavano sostanzialmente silenti ed è evidente che la numerosità di queste operazioni non è inquadrabile in un normale utilizzo di servizi telefonici personali, risultando sostanzialmente inutilizzate a conferma del fatto che la loro attivazione sarebbe stata strumentale unicamente alla monetizzazione e al trasferimento del credito residuo (attraverso poi la disattivazione delle sim); - in data 14/05/2018, le sim venivano quindi sospese, previo regolare avviso inviato tramite sms (allegato). Nel merito, precisa che le Condizioni generali di contratto Wind esplicitano chiaramente le caratteristiche del servizio di telefonia mobile: in particolare, 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 (art. 3.2). Richiama poi l'art. 4.1, rubricato "Abuso del Contratto", il quale recita: "Il Cliente ha l'obbligo di utilizzare il Servizio nel rispetto della legge, 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 al 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: numero 193/16/CIR (AGCOM), numero 25/2016 Corecom Emilia-Romagna, numero 48/15/CIR, numero 58/15/CIR, numero 732/13/CONS, determina numero 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)". Puntualizza 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, non nel consumo del solo credito autoricaricato; 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, ragion per cui nella verifica bisognerà dunque 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 e non nell'autoricarica. Alla luce di ciò, ribadisce come il comportamento tenuto dall'istante abbia, pertanto, 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. Evidenza 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 mail dell'11/01/2018 + file allegato alla mail riportante le utenze che hanno effettuato MNP da Vodafone a Wind con relativo trasferimento del credito). Chiede pertanto di rigettare la richiesta avanzata dall'istante in conformità con quanto stabilito dall'art. 14 dell'allegato A in materia di "Esclusione degli indennizzi": "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". Rispetto al ritardo/mancato trasferimento del credito residuo, richiama infine la determina Agcom 108/16/DIT, con cui si dispone l'archiviazione, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Regolamento, 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 Delibera 535/19/CONS contemplano un indennizzo per ogni giorno di ritardo nell'erogazione del suddetto credito, richiamandosi anche una delibera del 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 tra le fattispecie di cui alla delibera 73/11/CONS". In ragione della suesposta ricostruzione degli eventi, ritiene pertanto che nessuna responsabilità possa esserle addebitata in merito alla decurtazione del credito residuo.

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) non è accoglibile. La problematica risulta infatti superata alla luce di quanto affermato dallo stesso istante circa le informazioni ricevute presso i centri Wind, da cui sarebbe emerso con chiarezza che le sim oggetto della presente vertenza non risultano nemmeno presenti in anagrafica. La richiesta di cui al punto 2) non può essere accolta. E' orientamento ormai consolidato in giurisprudenza quello di ritenere non accoglibile la domanda di restituzione del credito residuo qualora risulti che l'utente abbia fatto un utilizzo non ragionevole del servizio, tale da giustificare la sospensione e la disattivazione del servizio stesso. Ne consegue che, a fronte di un comportamento anomalo del cliente, il gestore ha il diritto di tutelarsi; solo ove l'anomalia del traffico venga esclusa, sarà tenuto a corrispondere quanto richiesto. Ebbene, rispetto alla fattispecie in esame, alla luce di quanto affermato da Wind in memoria, le sim venivano sospese per uso irregolare delle stesse, circostanza che trova riscontri sia nell'allegata mail di cui sopra, inoltrata in data 11/01/2018 a Vodafone, sia nel tabulato, anch'esso allegato, riportante le numerazioni e i loro svariati trasferimenti mnp dallo stesso olo (con contestuale cambio numero che andava a sovrascrivere la numerazione precedente con contestuale trasferimento del credito proveniente dall'olo). Rispetto a tale ricostruzione, operata da Wind, l'istante (oltre a non avere fornito alcuna documentazione idonea a supportare un diverso svolgimento dei fatti) non ha replicato alcunchè, pertanto essa resta confermata in base al principio di cui all'art. 115 c.p.c., da considerarsi in questa sede come disposizione espressiva di un principio ordinamentale che consente di fondare la decisione sui fatti non specificamente contestati. Per tali ragioni, si ribadisce la non accoglibilità

della richiesta. La richiesta di cui al punto 3) può essere accolta, sia pur a diverso titolo, ovvero non già per illegittima sospensione del servizio (legittima per le ragioni suesposte), bensì per sospensione dello stesso in assenza del previsto preavviso. Al riguardo, deve precisarsi quanto segue: in base all'art. 3, comma 4, della delibera Agcom n. 179/03/CSP, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni; le uniche eccezioni a tale principio riguardano le interruzioni dovute a interventi tecnici di manutenzione e riparazione e i casi tassativamente indicati dall'art. 5, comma 1, della delibera Agcom n. 203/18/CONS), ivi compresa l'ipotesi di sospetta frode di cui alla vertenza de quo, rispetto ai quali, peraltro, incombe pur sempre in capo all'operatore un preciso onere di informativa e preavviso (ex multis, Corecom Abruzzo delibera n. 5/11). Ebbene, rispetto alla fattispecie in esame, l'operatore non ha, in effetti, prodotto nessuna prova circa l'avvenuto rispetto della procedura prevista per la sospensione del servizio, non risultando in atti copia di alcun preavviso di sospensione inoltrato all'istante. Wind, infatti, sebbene affermi in memoria che le sim venivano sospese previo regolare avviso inviato tramite sms, non ha, in realtà, prodotto alcuna prova di ciò, limitandosi ad allegare semplici schermate, relative ad ogni singola sim, riportanti messaggio di sospensione del servizio, tutte, peraltro, recanti data 14/05/2018, la stessa in cui è poi avvenuta l'effettiva sospensione. Alla luce di ciò, l'invio del suddetto preavviso di sospensione resta dunque non provato dall'operatore, pertanto l'istante ha diritto al riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 5 della delibera n. 347/18/CONS, in combinato disposto con l'art. 13, comma 5, della stessa delibera (che si è ritenuto congruo applicare al caso di specie), ai sensi del quale "In caso di titolarità di più utenze, l'indennizzo è applicato in misura unitaria se, per la natura del disservizio subito, l'applicazione in misura proporzionale al numero di utenze risulta contraria al principio di equità". La richiesta è, in particolare, accolta a partire dal giorno 14/05/2018 (data di sospensione delle sim) fino al giorno 15/10/2019 (data di svolgimento dell'udienza di conciliazione). Pertanto, in considerazione dell'arco di tempo indennizzabile (gg. 520), l'utente ha diritto ad un indennizzo pari alla somma di euro 3.900,00 (tremilanovecento/00), a norma dell'art. 5 della delibera n. 347/18/CONS, in combinato disposto con l'art. 13, comma 5, della stessa delibera. La richiesta di cui al punto 4) non è accoglibile, non ravvisandosi, rispetto alla vicenda in esame, ulteriori profili di criticità 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 pagare in favore dell'istante il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza: I. euro 3.900,00 (tremilanovecento/00), a norma dell'art. 5 della delibera n. 347/18/CONS, in combinato disposto con l'art. 13, comma 5, della stessa delibera.
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, 22/10/2020

Firmato
IL PRESIDENTE
Stefano Cuppi