

	President e Componen ti	Gualtiero Mazzi Nerino Chiereghin Fabrizio Comencini Marco Mazzone Nicoletti Luigi
	Dirigente	Perissinotto

Deliberazione n. 16 del 24 febbraio 2021

OGGETTO: Definizione della controversia G.S. / WIND TRE (VERY MOBILE)
(GU14/257302/2020).

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 Mazzone 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 G.S. del 14/03/2020 acquisita con protocollo n. 0115521 del 14/03/2020;

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

La sig.ra G.S., titolare delle due utenze mobili Windtre n. 342992xxxx e n. 342763xxxx inviava, in data 25 febbraio 2019, una raccomandata (codice 153585622681) a WindTre chiedendo la restituzione del credito residuo presente nelle due utenze sopra menzionate.

Nonostante tale richiesta, non riceveva il rimborso richiesto.

Inviava, quindi, un reclamo via pec in data 17 agosto 2019, al quale Wind rispondeva dichiarando che la segnalazione non poteva essere accolta senza fornire alcuna spiegazione.

L'utente ha quindi chiesto:

- i. la restituzione del credito residuo presente nelle due utenze mobili, pari a € 789,00= (numero telefonico 342763xxxx) e € 358,00 (numero telefonico 342992xxxx);
- ii. l'indennizzo di € 400,00= (in quanto la risposta non è adeguatamente motivata e non indica gli accertamenti compiuti, bensì afferma solo di averli eseguiti) secondo l'articolo 8, comma 4 della delibera 179/03/CSP ed articolo 12, Allegato B alla delibera n. 124/10/CONS), considerando i 210 giorni tra la data di invio del reclamo, 17 agosto 2019, e la data di presentazione dell'istanza di definizione, 14 marzo 2019 considerata in quanto l'operatore non si è mai espresso nemmeno in sede di conciliazione.
- iii. il rimborso di € 50,00= di spese di procedura secondo l'articolo 19, comma 6, della delibera n. 173/07/CONS.
- iv. il rimborso di € 7.89,= di interessi legali calcolati dal 25 febbraio 2019 al 14 marzo 2020, calcolati sulla somma del credito residuo, pari a € 1.147,00.

2. La posizione dell'operatore

Nel corso del procedimento l'operatore controparte ha avanzato le seguenti argomentazioni.

Ricostruzione della vicenda contrattuale.

L'istante titolare delle sim 342992xxxx e 342763xxxx attivate in data 09/03/2016 e disattivate in data 30/12/2018, contesta la mancata restituzione del credito residuo a seguito di portabilità verso altro operatore. A fronte della ricezione della predetta istanza, la convenuta avviava le opportune verifiche, all'esito delle quali emergeva in primis che le utenze in esame risultavano disattivate per scadenza sim. Ad ogni modo, ricevuta la richiesta di trasferimento del credito residuo in data 01/03/2019, prontamente la convenuta si adoperava per soddisfare la richiesta di parte istante.

Tuttavia il trasferimento dell'elevato importo del credito residuo delle suddette SIM rendeva necessaria una scrupolosa ed approfondita analisi da parte dei reparti competenti sia in considerazione dei principi di correttezza e di buona fede che devono essere rispettati dagli utenti nell'uso e nella fruizione del servizio (astenersi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del servizio) sia soprattutto in quanto l'istante aveva in passato reiterato più volte le richieste di trasferimento del credito di importi elevate.

Difatti, al termine di tali controlli, ed a seguito di opportuna segnalazione all'interoperatore veniva valutato da Wind Tre che le sim, non denotavano un profilo d'uso regolare, risultavano sostanzialmente inutilizzate, a conferma del fatto che l'attivazione sarebbe strumentale al trasferimento, e successiva richiesta di monetizzazione del credito residuo.

Alla luce di quanto ut supra indicato Wind Tre decideva di non trasferire l'importo in quanto verosimilmente frutto di probabili comportamenti artificiosi a danno dell'operatore da cui è stata fatta la portabilità, volti esclusivamente ad accumulare l'importo richiesto e a monetizzarlo successivamente.

Nel caso in esame, è opportuno richiamare quanto espressamente precisato dalle condizioni generali di contratto WIND che 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 delle condizioni generali di contratto).

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 di queste definizioni 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 e di adottare ogni altra misura di tutela” (articolo 6.1 Condizioni Generali di Contratto).

All'atto della sottoscrizione della proposta di contratto per l'attivazione delle sim, l'istante ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli artt 1341 e1342 cod. civ., di approvare specificamente le clausole delle “Condizioni generali di contratto” e tutti gli Allegati.

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 trasferimento del solo credito, legittimando 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.

Wind Tre, difatti, avendo debitamente rilevato l'uso anomalo del servizio rispetto alle condizioni di contratto ed avendo azionato i rimedi contrattualmente previsti in ottemperanza a quanto disposto anche dall'Allegato A alla delibera n. 347/18/CONS all'art. 14.3, chiede pertanto a codesta Autorità di rigettare la richiesta di trasferimento del credito in conformità con quanto stabilito dal medesimo Allegato A in materia di “Esclusione degli indennizzi” all'art. 14.1: “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 al predetto utilizzo”.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, si deve ritenere, pertanto, che nessuna responsabilità può essere ravvisata in capo alla convenuta nella vicenda in esame e che le richieste dell'istante debbano essere perciò integralmente rigettate. In merito alla richiesta delle spese di procedura, si rammenta che l'art.20 comma 6 delibera 203/18/CONS oltre a prevedere che l'Autorità possa riconoscere il “rimborso delle spese”, dispone espressamente che le spese chieste siano “necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura”. Ebbene l'istante si limita a chiedere genericamente le spese di procedura, senza dimostrare alcunchè a riguardo, come diversamente disciplina la delibera citata.

Non può dunque bastare una generica contestazione per ritenere assolta la prova dell'assenza della causa solvendi che legittima la restituzione delle spese.

Atteso inoltre che la procedura di cui al Regolamento è gratuita e non risultano spese giustificate in atti, la richiesta di rimborso non può essere accolta.

Chiede, quindi, di rigettare tutte le domande proposte dall'istante perché del tutto infondate in fatto ed in diritto, in subordine, ex art. 1241 cc e ss, operare eventuale compensazione tra le relative poste debito/credito, poiché trattasi, per le somme insolite indicate, di credito certo, liquido

3. Motivazione della decisione

All'esito delle risultanze istruttorie, acquisite agli atti, il Comitato, dopo ampia discussione, discostandosi dalle proposte dell'ufficio, ritiene che le richieste del ricorrente possano essere parzialmente accolte, per i motivi sottoesposti.

Per quanto riguarda la richiesta sub i) si precisa quanto segue: in linea generale, l'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/2007 prevede che “*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.*”

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”.

La stessa delibera, infatti, diffida gli operatori di telefonia mobile presenti sul mercato ad "ottemperare all'obbligo di restituzione del credito residuo in caso di recesso ed a quello di portabilità dello stesso credito in caso di trasferimento dell'utenza presso un altro operatore", ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 del decreto

legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, predisponendo tutte le attività tecniche e gestionali necessarie all'adempimento dell'obbligo di legge.

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 tranne per l'ipotesi del credito residuo derivante da bonus/promozioni che, al contrario, non può essere monetizzabile ma da solo diritto al trasferimento su altra sim dell'utente.

Dagli atti del procedimento risulta che l'istante, con raccomandata A/R del 25 febbraio 2019, ha chiesto al Gestore la restituzione, a mezzo bonifico bancario, del credito residuo sulle sim in oggetto.

La stessa Windtre, con nota del 11 marzo 2019 riscontrava positivamente la predetta richiesta, comunicando all'utente di aver avviato la relativa pratica di rimborso tramite bonifico bancario.

L'utente reiterava la richiesta di liquidazione del credito, tramite PEC, in data 17 agosto 2019.

Il Gestore, però, nella propria memoria difensiva, si limita, ad affermare che "*le sim non denotavano un profilo d'uso regolare, risultavano sostanzialmente inutilizzate (...), e che, quindi, decideva di non trasferire l'importo in quanto **verosimilmente** frutto di **probabili** comportamenti artificiosi a danno dell'operatore da cui è stata fatta la portabilità (...)*".

Trattasi, invero, di affermazioni di mera natura congetturale e apodittica, nella misura in cui l'utilizzo di espressioni quali *verosimilmente* e *probabili* non fa che confermare la totale assenza di riscontri probatori e documentali.

A ciò si aggiunga il fatto che, secondo Windtre, i sopra citati comportamenti artificiosi sarebbero (il condizionale è d'obbligo) stati perpetrati ai danni di un altro operatore: affermazione che, in questa sede, non può certamente essere considerata e quindi valutata ai fini istruttori, riguardando, appunto, un altro operatore estraneo alla presente procedura.

Sul punto, pertanto, il gestore nulla ha contro dedotto né provato.

Non ha nemmeno provato se e quale parte del credito preteso fosse generato da bonus/promozioni.

Stando così le cose, in assenza di prova contraria delle deduzioni dell'utente, si ritiene di accogliere la richiesta del ricorrente di restituzione del credito di € 789,00= sulla sim 342763xxxx, e di € 358,00= sulla sim 342992xxxx. illegittimamente trattenute dal gestore, il quale, per altro, non ha formalmente contestato la correttezza dei predetti importi.

Per quanto riguarda la richiesta *sub ii)* si precisa quanto segue: seppure la pec del 17 agosto 2019 con la quale l'utente inoltrava formale reclamo alla Windtre sia sprovvista della relativa ricevuta di consegna, la risposta dell'operatore del 19 agosto 2019 supera tale mancanza.

Pur tuttavia, la formula utilizzata dal gestore nella predetta nota del 19 agosto 2019 - "*avendo espletato le verifiche necessarie*" - si ritiene non possa integrare gli estremi di un adeguato riscontro al reclamo.

Infatti, secondo un orientamento ormai consolidato, si ritiene che non sia sufficiente, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di cui all'art. 8, comma 4, della delibera Agcom n. 179/03/CSP, la semplice circostanza che via stata una risposta in forma scritta, atteso che la disposizione richiamata richiede che essa sia adeguatamente motivata e debba indicare gli accertamenti compiuti.

Pertanto deve ritenersi che la mancata comunicazione delle condizioni ostative alla risoluzione della problematica lamentata dall'utente faccia sorgere in capo a quest'ultimo il diritto ad un indennizzo da mancata risposta al reclamo" (vd. Agcom, delibera n. 117/10/CIR, Corecom Puglia, delibera 58/2018), di tal ché si ritiene ricorrano i presupposti per il riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 12, co. 1 del Regolamento sugli indennizzi (allegato A, delibera Agcom n. 347/18/CONS.) che viene determinato nella sua quantificazione massima pari a € 300,00= anche in considerazione del fatto che Windtre non ha partecipato alla c.d. "chat" della conciliazione semplificata relativa all'istanza di conciliazione UG/165737/2019,

Per quanto riguarda la richiesta *sub iii)* si riconosce un importo pari a € 50,00= per le spese di procedura.

Con riferimento alla richiesta *sub iv)* si ritiene che la stessa non possa essere accolta, in quanto l'accertamento dell'eventuale debenza nonché l'esatta quantificazione degli interessi legali afferenti una determinata somma, sono attività che esulano dalla competenza specifica del Corecom

Considerato che i competenti uffici hanno provveduto a svolgere l'istruttoria e a formulare le relative proposte acquisite agli atti;

All'unanimità dei voti espressi a scrutinio palese

DELIBERA

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

1. Accoglie parzialmente l'istanza di S.G. nei confronti di WIND Tre S.p.A. nei termini e per le motivazioni di cui in premessa.

La società WIND Tre S.p.A. è tenuta pertanto, entro sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento:

a corrispondere la somma complessiva di € 1.147,00= quale rimborso del credito presente nelle due utenze n. 342763xxxx e n. 342992xxxx;

a corrispondere l'importo di € 300,00= a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo;

a corrispondere l'importo di € 50,00= a titolo di spese di procedura.

2. 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.
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
Dott.ssa Carla Combi

Il Presidente
Avv. Gualtiero Mazzi

Il verbalizzante
Dott.ssa Carla Combi