CORECOM Comitato Regionale per le Comunicazioni VENETO	Presidente Componenti Dirigente	Marco Mazzoni Nicoletti Fabrizio Comencini Stefano Rasulo Enrico Beda Edoardo Figoli Claudio Giulio Rizzato

Deliberazione n. 49 del 25 agosto 2021

OGGETTO: Definizione della controversia Z. G. / WIND TRE (VERY MOBILE) (GU14/331806/2020

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
Marco Mazzoni Nicoletti	**X**	
Fabrizio Comencini	**X**	
Stefano Rasulo	**X**	
Enrico Beda	**X**	
Edoardo Figoli	**X**	

Preso atto altresì della presenza del dott. Claudio Giulio Rizzato, Dirigente Capo del Servizio Diritti della Persona del Consiglio regionale del Veneto e della presenza della Sig.ra Arianna Barocco, delegata dallo stesso alla verbalizzazione;

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 il Dott. Claudio Giulio Rizzato, Dirigente Capo del Servizio Diritti della Persona 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 Z. G. del 27/09/2020 acquisita con protocollo n. 0395001 del 28/09/2020;

Visti gli atti del procedimento;

Considerato quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'utente dichiara che, in data 20/11/2019 ha inviato via PEC il modulo per il riconoscimento del credito residuo della sim H3G 366343XXXX e non ricevendo il rimborso del credito residuo, in data 15/03/2020 ha inviato un reclamo via pec. Ad oggi non ha ricevuto ne risposta al reclamo, nè il rimborso del credito residuo. Con memoria di replica depositata in data 06.12.20, l'utente precisa quanto segue: Lo scrivente aveva inizialmente un credito nei confronti di un operatore terzo (Vodafone), ha eseguito due portabilità da Vodafone a Wind, Vodafone ha trasferito a Wind il mio credito, e Wind pur confermandone la presenza e l'importo (787.01€) non vuole restituirlo in quanto afferma che esso è "oggetto di PROBABILI comportamenti artificiosi a danno dell'operatore da cui è stata fatta la portabilità verso Wind". Quindi Wind, oltre a non fornire alcuna spiegazione a sostegno della sua tesi, sostiene oltretutto che questi probabili comportamenti artificiosi non siano stati rivolti verso Wind, ma verso un operatore terzo non coinvolto in questo procedimento. E' documentato il credito che io ho nei confronti di Wind, mentre l'Operatore non porta alcuna prova a sostegno della sua tesi. Mostra oltretutto l'Allegato n.3 contenente solo la segnalazione di Wind a Vodafone, non mostrando l'eventuale risposta di Vodafone, portando quindi ancora una volta solo ed esclusivamente ipotesi e nessuna dimostrazione a sostegno delle tesi che adduce in sua difesa. L'operatore dimostra una grande sufficienza nella sua memoria (parrebbe un copia incolla da altre delibere trovate sul sito dell'AGCOM), in quanto tutte delibere citate da Wind, ovvero: - 193/16/CIR (AGCOM) - 25/2016 Corecom Emilia Romagna - 48/15/CIR - 58/15/CIR - 732/13/CONS - Determina numero 207/RO/2015 Corecom Calabria e la recente - Determina 89/2017 Corecom Calabria non hanno assolutamente nulla a che vedere con il caso in esame in quanto afferiscono a casi in cui l'utente aveva un piano di autoricarica, ed ha abusato del contratto superando i limiti contrattuali di chiamate in ingresso e/o in uscita per generare credito in Wind, mentre dalla memoria stessa e dall'allegato n. 1 dell'operatore e si evince chiaramente che non avevo un piano di autoricarica, quindi non era per me possibile generare credito in Wind. Il credito che ho nei confronti di Wind, come affermato dal gestore stesso, non è stato maturato in Wind ma è stato ricevuto dalla portabilità di un altro operatore. E' un credito che Wind ha ricevuto da un altro operatore all'inizio del contratto della mia sim, e di quel credito chiedo nuovamente la restituzione.

L'utente chiede:

i. la restituzione del credito residuo della sim 366343XXXX H3G, pari a € 787,00=;

ii. l'indennizzo di € 60,00= per mancata risposta al reclamo del 15/03/2020, per il quale (ad oggi) sono trascorsi 24 giorni oltre il termine dei 45 previsti dall' Art. 12 allegato A alla delibera n. 347/18/CONS;

iii. l'indennizzo di € 100,00 per la tardiva restituzione del credito residuo della sim, in quanto il modulo di rimborso credito H3G prevede 45 giorni e la carta dei servizi H3G prevede nell'articolo 24: "La corresponsione di indennizzi non automatici, richiesti al servizio Clienti ai sensi dell'articolo 23, avverrà, qualora ritenuti dovuti, mediante sconto in fattura o erogazione di traffico telefonico fino al limite di 100 euro e, per l'eccedenza secondo le modalità indicate dal Cliente".

2. La posizione dell'operatore

E' emerso quanto segue. Nel 2014 veniva attivata, su rete Wind Tre, la numerazione 366343XXXX con Piano Tariffario Ricaricabile 3Power10 opzione ALL-IN Small 2GB e offerta Usim Sciolta Ric Per la sim corrispondente – iccid 8939992280227738605 - risultano 3 richieste portabilità: 1) 20/01/2014 da VODAFONE, numero 391304XXXX, numero da portare 39377324XXXX 2) 07/05/2014 da VODAFONE, numero 377324XXXX, numero da portare 3922XXXX 3) 20/06/2014 da VODAFONE numero 392228XXXX, numero da portare 366343XXXX. Relativamente alle portabilità descritte ai punti 2) e 3) il cliente avanzava una richiesta di restituzione del credito residuo, rispettivamente per gli importi di € 482.17 ed € 304.84 In data 09/08/2014 la sim 366343XXXX veniva disattivata a fronte della richiesta di parte istante. In data 24/09/2014 l'istante chiedeva la restituzione del credito residuo presente sulla sim. L'ente competente, ricevuta la richiesta dell'utente, prontamente si adoperava per soddisfare la richiesta, ma, a causa dell'elevato importo del credito residuo, pari a € 787,01, si rendeva necessaria una scrupolosa ed approfondita analisi da parte dei reparti competenti in considerazione dei principi di correttezza e di buona fede, che devono essere rispettati dagli utenti nell'uso e nella fruizione del servizio, astenendosi quindi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del servizio. Al termine di tali controlli veniva valutato da Wind Tre che la sim non denotava un profilo d'uso regolare, risultando sostanzialmente strumentale al trasferimento credito da un olo all'altro con 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. Veniva inviata segnalazione interoperatore Con il presente procedimento l'istante contesta alla convenuta di non aver provveduto alla restituzione del credito residuo presente sulla sim 366343XXXX. Occorre, anzitutto, premettere che presso codesto Ill.mo Co.Re.Com, oltre alla presente definizione, sono pendenti una serie di procedure di conciliazione inoltrate dall'istante e volte alla monetizzazione dell'elevato credito presente su sim prepagate ad essi riconducibili. In relazione alla sim 366343XXXX tale credito risulterebbe frutto di diverse sovrascritture come sopra riportato e trasferimenti credito e quindi oggetto di probabili comportamenti artificiosi a danno dell'operatore da cui è stata fatta la portabilità. Le condizioni generali di contratto WIND TRE 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 delibere 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 hanno confermato 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)". 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 e 1342 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 consumo del solo credito, 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. Chiede, quindi, di rigettare tutte le richieste dell'istante, perché del tutto infondate in fatto ed in diritto e non provate,

3. Motivazione della decisione

All'esito delle risultanze istruttorie, si ritiene che le richieste del ricorrente possano essere parzialmente accolte. 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 PEC del 20 novembre 2019, ha chiesto al Gestore la restituzione, a mezzo bonifico bancario, del credito residuo sulla sim in oggetto.
Il Gestore, però, nella propria memoria difensiva, si limita, ad affermare che "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".
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 € 787,00= sulla sim 366343XXXX, illegittimamente trattenuto dal gestore, il quale, per altro, non ha formalmente contestato la correttezza del predetto importo.
Per quanto riguarda la richiesta sub ii) si precisa quanto segue: l'art. 15 dell'allegato A della Delibera Agcom n. 353/19/CONS. (Regolamento di procedura) prevede espressamente che la documentazione di parte (memoria difensiva dell'operatore nonché eventuali memorie di replica delle parti) debbano essere caricate nel fascicolo documentale, a pena di inammissibilità, entro i termini previsti dalla predetta disposizione regolamentare.
Nel caso specifico l'utente ha caricato il reclamo (del 15.03.20), in data 14.01.2021 e quindi con notevole ritardo rispetto al termine (09.12.2020) entro il quale avrebbe dovuto farlo, e pertanto è come se non esistesse (tamquam non esset) di tal chè non può essere riconosciuto alcun indennizzo in quanto la richiesta è sprovvista, come detto, di qualsivoglia supporto documentale.
Per quanto riguarda la richiesta sub iii) si ritiene che la stessa non possa essere accolta in quanto la mancata restituzione del credito residuo non configura alcuna fattispecie indennizzabile ai sensi del Regolamento sugli indennizzi (allegato A, delibera Agcom n. 347/18/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. L’accoglimento parziale dell’istanza di Z. 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 di € 787,00= quale rimborso del credito presente nella sim 366 3435733.

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 entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Il Dirigente

Dott. Claudio Giulio Rizzato

Il Presidente

Avv. Marco Mazzoni Nicoletti

Il verbalizzante

Arianna Barocco