



Deliberazione n. 10

Del 27 giugno 2023

Sono presenti i componenti del Comitato:

TOFI Vinicio Presidente

CORRADO Leda Rita Componente

Svolge le funzioni di Segretario il funzionario Tiziana Salvatori

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXX /
WIND TRE (VERY MOBILE) – PROCEDIMENTO
GU14/543890/2022.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

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. 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 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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 358/22/CONS;

VISTA la legge della Regione Liguria 25 marzo 2013 n. 8, “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni*”;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale della Regione Liguria e il Comitato regionale per le comunicazioni liguri in data 19 dicembre 2017;

VISTA l’istanza dell’utente XXXXXXXX del 08/08/2022;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

Nella propria istanza l’utente ha descritto la vicenda dedotta in controversia nei termini che seguono:

“In data 11 e 26 febbraio 2015 ho inviato a WINDTRE due PEC con cui comunicavo la mia volontà di recedere dal contratto n. XXXXXX e richiedevo la restituzione del credito residuo contenuto nella mia scheda pari ad € 1.493,25 da effettuarsi mediante bonifico bancario. - In data 05/03/2015 WINDTRE mi ha confermato tramite SMS e con una telefonata dal Servizio Clienti l'accoglimento della mia richiesta, ribadita ufficialmente da una lettera ufficiale di WINTRE del 06/03/2015 (che allego) dove WIND si impegnava entro 30 giorni a provvedere al rimborso del mio credito telefonico di € 1.487,25 (1.493,25 – 6,00 di costo operazione). - In data 04/05/2015, non avendo ancora ricevuto alcun rimborso, ho inviato altra PEC di sollecito e in data 11/05/2015 WINDTRE mi ha rimborsato solo € 431,25 e non l'intero importo di credito residuo pari ad € 1.487,25. - Ho immediatamente contattato il Servizio Clienti WINDTRE per contestare l'accaduto e chiedere il pagamento dell'importo residuo ancora dovuto pari ad € 1.056,00 (1.487,25 – 431,25) senza esito alcuno e senza aver avuto alcuna risposta. - In data 23/07/2015 ho inviato ennesima PEC di Reclamo per richiedere l'importo mancante, senza esito alcuno. - In data 20/06/2020 ho inviato altra PEC per ribadire le mie richieste, anche ai fini interruttivi della prescrizione, senza aver ricevuto alcuna risposta. Tutto quanto sopra premesso, richiedo: - restituzione di 1056 Euro, pari al credito residuo presente sulla mia Sim al momento del recesso e mai restituito nonostante i molteplici reclami. - indennizzo di 300 Euro per le mancate risposte alle numerose PEC di reclamo, non avendo ottenuto nessuna restituzione e/o trasferimento del credito.

Richieste:

- restituzione di 1056 euro, pari al credito residuo presente sulla mia Sim al momento del recesso e mai restituito nonostante i molteplici reclami.

- indennizzo di 300 Euro per le mancate risposte alle numerose PEC di reclamo, non avendo ottenuto nessuna restituzione e/o trasferimento del credito.”

2. La posizione dell'operatore

Nella propria memoria l'Operatore ha evidenziato quanto segue:

“1. La numerazione cui sono riferite le odierne contestazioni

- XXXXX0500

L'utenza mobile prepagata XXXX0500 veniva attivata in data 04/04/2011 sui sistemi Wind (oggi Wind Tre) e veniva cessata su richiesta della cliente in data 19/02/2015.

Con il presente atto si costituisce innanzi al Co.Re.Com Liguria Wind Tre S.p.A. (di seguito, per semplicità, Wind Tre) la quale ESPONE

In rito

2. ECCEZIONI PRELIMINARI:

In primo luogo, si eccepisce che l'istante non produce sufficienti valide evidenze documentali a sostegno di quanto rappresentato e reclamato!!

▪ **Sulla genericità e indeterminatezza delle domande avversarie relativamente ai fatti contestati.**

Il Gestore eccepisce l'assoluta indeterminatezza delle contestazioni avversarie, in quanto l'istante lamenta genericamente senza nulla specificare: la “restituzione di 1056 euro, pari al credito residuo presente sulla mia Sim al momento del recesso e mai restituito”. Vero è, infatti, che nell'istanza di definizione, così come nella precedente istanza di conciliazione, non vi è alcun elemento di prova a fondamento delle richieste avversarie, ossia che il credito richiesto fosse derivante da ricariche “acquistate” dalla cliente e non da bonus/promozioni. Ciò in spregio di quanto dispone l'art. 14, comma 3, Delibera 353/19/CONS in virtù del quale “L'istanza con cui viene deferita al Corecom la risoluzione della controversia è presentata mediante compilazione del modello Gu14 e contiene le medesime informazioni di cui all'art. 6, comma 1, oltre agli estremi del verbale di mancata conciliazione o di soluzione parziale della controversia”. A sua volta, l'art. 6, Delibera citata, stabilisce che nell'istanza devono essere altresì indicati, a pena di inammissibilità:

“a) il nome, il cognome e la residenza o il domicilio dell'utente, ovvero la denominazione e la sede in caso di persone giuridiche;

b) il numero dell'utenza interessata dal disservizio, in caso di servizi telefonici o di accesso a internet, ovvero il codice cliente per le altre tipologie di servizi o in caso di disservizi riguardanti un numero di utenze superiore a cinque;

c) la denominazione dell'operatore interessato;

d) i fatti che sono all'origine della controversia tra le parti;

e) le richieste dell'istante e, ove possibile, la loro quantificazione in termini economici.

Nell'istanza devono essere altresì indicati gli eventuali reclami presentati in ordine all'oggetto della controversia e i documenti che si allegano.”

È bene osservare che una generica contestazione dei fatti, come quella che qui si discute, comporta inevitabilmente l'impossibilità per il Gestore di inquadrare correttamente la problematica. Ne consegue che Wind Tre S.p.A., pur ponendo in essere tutti gli sforzi del caso, anche vagliando le contestazioni svolte nella precedente e propedeutica procedura di conciliazione, vede compromesso o, comunque, limitato il proprio diritto di difesa. Tale lesione è, a parere di questa difesa, idoneo a determinare l'inammissibilità dell'istanza. In ogni caso codesta spettabile l'Autorità non può non tenere in considerazione tale mancanza. Tali dati non possono essere ricavati neppure attraverso le “scarse” indicazioni fornite da controparte.

Inoltre, la nuova Delibera n. 93 del 04 novembre 2020 del Corecom Veneto conferma che l'utente “[...] non è stato in grado di fornire alcuna indicazione utile alla istruttoria. Si rileva altresì l'estrema genericità della domanda [...] L'istante, al contrario, non fornisce alcuna prova in relazione a quanto avvenuto e tantomeno in relazione all'asserita responsabilità della convenuta. Si evidenzia, inoltre, che l'utente non ha depositato agli atti alcuna documentazione atta a sostenere la fondatezza delle proprie doglianze, contravvenendo, quindi, a quel principio di carattere generale (art. 2697 c.c.) [...]”.

Nel merito

3. RICOSTRUZIONE DELLA VICENDA CONTRATTUALE.

Le doglianze di controparte devono essere ritenute infondate nei confronti della scrivente convenuta come verrà dimostrato a breve.

Occorre, anzitutto, premettere che presso codesto Ill.mo Co.Re.Com, oltre alla presente definizione, sono state presentate altre procedure di conciliazione (cfr. UG/495149/2022 e UG/507826/2022) inoltrate dall'istante e volte alla monetizzazione del credito presente su SIM prepagate ad essi riconducibili, che si caratterizzava per un importo sempre estremamente elevato.

Per meglio comprendere tale contestazione è opportuno brevemente ricostruire i fatti che hanno portato alla presente procedura.

In data 03/02/2015 perveniva una richiesta di cessazione della SIM ricaricabile XXXXX0500 con contestuale restituzione del credito residuo. Ma mentre si procedeva correttamente alla cessazione della SIM in data 19/02/2015, la richiesta inerente, invece, la restituzione del credito residuo, non veniva reputata accoglibile, in quanto il credito risultava non generato da "ricariche" effettuate dalla cliente. L'utente veniva contattata ed informata, e veniva inviato un sms di riscontro, la cui copia è inserita in memoria.

In data il 26/02/2015 perveniva una ulteriore richiesta di rimborso del credito presente sulla SIM XXXXX0500 tramite PEC, ma, a causa di un mancato aggiornamento della piattaforma informatica che generava l'informazione sulle voci di "bonus" delle SIM ricaricabili, come vedremo più avanti nel dettaglio, il 06/03/2015 veniva inviata erroneamente alla cliente una lettera di accoglimento della richiesta di rimborso.

Tuttavia, prima di procedere con la restituzione del suddetto credito, i reparti competenti del Gestore, in considerazione dell'elevato importo del credito residuo della suddetta SIM, procedevano con una ulteriore, scrupolosa ed approfondita, nonché necessaria, analisi in considerazione dei principi di correttezza e di buona fede che devono essere rispettati dagli

utenti nell'uso e nella fruizione del servizio (astenedosi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del servizio), esercitando la facoltà di "adottare ogni forma di tutela".

Difatti, al termine di tali controlli, veniva valutato da Wind Tre che **la SIM XXXXX0500 non denotava un profilo d'uso regolare, in quanto il credito richiesto risultava frutto di "cash donation" da altre SIM Wind che avevano beneficiato di "bonus" erogati da Wind, oltre al fatto che il traffico effettuato dalla SIM ricevente, oggetto della presente doglianza, risultava sostanzialmente nullo.** Alla luce di ciò, Wind Tre decideva di non restituire l'importo, in quanto verosimilmente frutto di probabili comportamenti artificiosi a danno dell'operatore, volti esclusivamente ad accumulare l'importo richiesto e a monetizzarlo successivamente.

Pertanto, in data 30/04/2015 veniva aperta una nuova pratica amministrativa che portava **al riconoscimento alla cliente del rimborso, tramite bonifico bancario con valuta 11/05/2015**, come confermato dalla stessa Sig.ra XXXXXX nel formulario del presente procedimento, **dell'importo di euro 431,25, decurtando dal credito residuo presente sulla suddetta SIM al momento della cessazione, l'importo di euro 1.056,00 in quanto frutto di donazioni da SIM che avevano beneficiato di bonus regalati da Wind ("autoricarica Be Wind" e "raddoppia la ricarica").**

In relazione alla SIM XXXXX0500 tale credito risulterebbe frutto di diverse sovrascritture e trasferimenti credito e quindi oggetto di probabili comportamenti artificiosi a danno dell'operatore, come da tabella inserita in memoria.

In data 05/05/2015, a seguito della ricezione di una ulteriore richiesta di rimborso del credito, il gestore inviava un SMS di riscontro alla cliente, nel quale confermava che non vi erano state anomalie, confermando di fatto della gestione amministrativa già intrapresa, come indicato in memoria.

In data 24/07/2015, a seguito della ricezione di un'ulteriore PEC di contestazione dell'importo restituito, veniva aperta un'ulteriore pratica, da

cui emergeva che l'importo rimborsato era stato calcolato secondo le corrette logiche vigenti.

Veniva pertanto predisposta, dall'Ente competente, una comunicazione via e-mail "ad hoc", all'indirizzo XXXXXX@ordineavvgenova.it, nella quale veniva riportato: *"in riferimento alla comunicazione del 23/07/15 relativa alla richiesta di restituzione del credito residuo della ricaricabile XXXXX0500, le rappresentiamo che, a causa di un mancato aggiornamento della piattaforma informatica che genera l'informazione sulle voci di bonus, Le è stato comunicato l'importo complessivo del credito comprensivo quindi anche dei bonus e delle promozioni accreditati nei mesi precedenti alla data di disattivazione, il cui ammontare non è rimborsabile in caso di richiesta di MNP, scadenza sim o recesso. Infatti, ai sensi delle previsioni regolamentari dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e delle Condizioni Generali di Contratto, il credito residuo relativo al traffico telefonico rimborsabile o trasferibile ad altro operatore in caso di richiesta di MNP, è quello derivante dall'acquisto di ricariche telefoniche e costituito dall'importo netto non ancora speso e anticipatamente corrisposto. Al contrario, il credito maturato e accumulato grazie a promozioni/bonus/autoricarica non può essere monetizzato né riaccreditato su altra utenza appartenente ad altro gestore. Pertanto, a seguito della verifica puntuale sulla Sua posizione effettuata dai nostri dipartimenti tecnici successivamente all'invio della comunicazione 06/03/15 è emerso che parte del credito pari a € 1056 è stato generato da trasferimenti di bonus da altri clienti. Pertanto, tale importo, anche ai sensi dell'art. 8.7 delle Condizioni Generali di Contratto, non è stato rimborsato, al contrario il restante importo € 431,25 imputabile a traffico residuo, in quanto regolarmente acquistato mediante ricariche telefoniche, le è stato liquidato come da sua richiesta in data 11/05/15."*

A tal proposito, la scrivente difesa, riporta quanto disciplinato dalle Condizioni Generali di Contratto: citato nella mail inviata alla cliente

- **Art. 6.1** "Segnalazione di consumi anomali e sospensione del Servizio":

“Il Cliente è tenuto ad utilizzare il Servizio secondo buona fede e correttezza, evitando utilizzi illeciti, abusivi o impropri [...]”.

- **Art. 8.7** “Utilizzabilità della Ricarica di traffico. Scadenza della Carta SIM Ricaricabile”:

*“[...] In caso di recesso o di portabilità del numero presso altro operatore, l’eventuale credito telefonico non goduto potrà essere restituito al Cliente in equivalente monetario, mediante bonifico bancario o assegno di traenza oppure trasferito su altra Carta SIM Wind. In alternativa, in caso di portabilità del numero presso altro operatore, il Cliente potrà richiedere contestualmente all’operatore di destinazione il trasferimento dell’eventuale credito residuo presente sulla Carta SIM sull’utenza attivata presso il nuovo operatore. **In ogni caso, sarà riconosciuto il solo traffico effettivamente corrisposto e non ancora utilizzato al momento della cessazione, da cui saranno decurtati i bonus gratuiti e le promozioni erogate negli ultimi dodici mesi [...]**”.*

Si riporta altresì anche quanto sancito dall’Art.2.6 della Carta dei Servizi, dove viene espressamente specificato che **“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 12 mesi”**

La convenuta specifica che l’istante nel momento in cui ha firmato la proposta di contratto Wind Tre per l’attivazione dell’utenza de quo, 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.

Si richiama, a tal proposito, quando disposto nella Determina Direttoriale Fascicolo n. GU14/222221/2019 del Corecom Emilia-Romagna:

“si ritiene che al dovere di informare d’una parte corrisponda l’onere d’informarsi dell’altra, nel senso di farsi responsabilmente parte attiva acquisendo diligentemente tutte le notizie rese disponibili in relazione al rapporto contrattuale che si intende instaurare. In altri termini, se

sull'operatore incombe l'obbligo di rendere disponibili all'utente tutte le informazioni che attengono al contratto, è poi onere dell'utente prenderne compiutamente visione”.

Viene ribadito, pertanto, che le proposte di contratto sottoscritte prevedono la piena conoscenza e accettazione, da parte del cliente che le sottoscrive, dei servizi richiesti, dei corrispettivi e delle condizioni d'offerta applicate.

Preme alla scrivente difesa rilevare che successivamente alla risposta inviata alla cliente dal gestore in data 01/12/2015, non risultavano pervenuti alla scrivente convenuta ulteriori contatti al servizio clienti, segnalazioni tramite PEC, raccomandata, diretti a richiedere il credito non riconosciuto, se non in data 20/06/2020, ossia ben oltre 4 anni dopo, quando perveniva una PEC dalla cliente con una ennesima richiesta di restituzione del credito residuo della SIM XXXXX0500. La richiesta non veniva ritenuta conforme, pertanto in data 23/06/2020 veniva inviata una PEC di risposta inserita in memoria.

Solo in data 14/09/2022 la parte istante presentava una istanza di conciliazione UG/516320/2022, dinnanzi al Corecom Liguria, che si concludeva con un verbale di mancato accordo in data 26/05/2022.

4. Motivi di diritto

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).

Le condizioni generali di contratto WIND TRE esplicitano chiaramente le caratteristiche del servizio di telefonia mobile. In particolare, nell'Art. 4.1 rubricato “Abuso del Contratto” delle Condizioni Generali di Contratto, viene sancito:

*“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 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 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.** 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”.*

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 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 [...] 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)”.*

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.

Wind Tre intende altresì rilevare come il comportamento posto in essere dalla Sig.ra XXXXXX, contrario a correttezza e buona fede, **integri gli estremi del cosiddetto abuso del diritto.**

Senza voler in questa sede tediare l’Autorità con il percorso dottrinale e giurisprudenziale che ha portato all’elaborazione di tale figura, non espressamente codificata, basti rilevare **come l’abuso del diritto è stato interpretato quale violazione di un duplice obbligo: quello positivo di attivarsi per tutelare l’utilità della controparte e quello negativo di evitare comportamenti, astrattamente legittimi, volti tuttavia a danneggiare l’altra parte del rapporto.**

Sul concetto di abuso del diritto si è ripetutamente espressa la Corte di Cassazione chiarendo che *“l’abuso del diritto consiste [...] nell’esercitare il diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall’ordinamento giuridico”* (sent. 15482/03), chiarendo che tale comportamento comporta l’illegittimità della relativa domanda e il rigetto della stessa.

In altre parole, la Corte di Cassazione ha sanzionato il comportamento di chi, pur esercitando un proprio diritto, non si attivi per tutelare il proprio interesse, bensì per ottenere un indebito arricchimento in danno del debitore.

Ben ha chiarito, infatti, la Suprema Corte che *“Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall’ordinamento, si avrà abuso”* (Cass. Civ. sent. 20106/2010).

Nel caso di specie che il diritto sia stato esercitato per fini secondari, con suo abuso, è reso evidente sia dalla sistematicità delle richieste avanzate dall’istante nel corso del rapporto contrattuale.

Appare evidente come il reale fine non sia l’effettiva tutela di un proprio diritto (ossia la restituzione di quanto addebitato), bensì il tentativo di ottenere sistematicamente crediti accumulati non attraverso l’acquisto di ricariche. Preme rilevare che in relazione alla corresponsione di un indennizzo ed i relativi termini non debbano trovare accoglimento a parere della scrivente difesa, in caso di abuso da parte del cliente come, a titolo

meramente esemplificativo, in caso di richieste pretestuose per sistematicità, frequenza o infondatezza.

Alla luce delle suesposte considerazioni, si insiste affinché l'intera domanda venga rigettata stante l'evidente abuso del diritto posto in essere.

Si riporta altresì, quanto definito nell'allegato A alla delibera 487/18/CONS "LINEE GUIDA SULLE MODALITÀ DI DISMISSIONE E TRASFERIMENTO DELL'UTENZA NEI CONTRATTI PER ADESIONE", sulla definizione di "Credito Residuo":

"Il credito residuo 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."

Wind Tre, 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, 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, comma 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*".

Si richiama il provvedimento decisorio del Corecom Veneto n. 49 del 20 maggio 2020 che per un caso analogo rigettava le richieste di controparte così motivando:

*"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 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 in 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 e 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."

E si richiama il provvedimento decisorio N. 40 del Corecom Calabria dell'08/07/2021:

"l'operatore mobile. Nel caso di specie, è stato accertato che l'operatore Wind Tre ha trasferito euro 531,41 per l'utenza n. 3274471XXX ed euro 68,60 per l'utenza n. 3894488XXX, solo l'importo frutto di ricariche e non quello frutto di autoricarica. Cosicché, la res controversa riguarda la restituzione del credito derivante da bonus/autoricarica, come infra indicato. Per il che, nella fattispecie de qua

trova applicazione l'art. 2 delle linee guida, delibera 204/18/Cons, Allegato B), che stabilisce: "il credito residuo debba comprendere esclusivamente l'importo ricaricato autonomamente dal cliente e non anche gli importi riconosciuti in forma di bonus, promozione o altra iniziativa del gestore di servizi nella sua integralità". Come affiora evidente dalla testé richiamata delibera, il c.d. decreto Bersani tutela soltanto il credito "acquistato" e non quello "regalato". Siffatta impostazione è confermata anche dalla successiva delibera AGCOM n. 487/18/CONS, Allegato A (linee guida sulle modalità di trasferimento dell'utenza nei contratti di adesione), ove è messo in evidenza 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". Premesso ciò, non è imputabile alcuna responsabilità all'operatore Nextus Telecom, giacché ha agito correttamente, accreditando per intero le somme di credito residuo trasferite dall'operatore WindTre. Parimenti, non si ravvisa nella condotta dell'operatore WindTre (operatore donating) responsabilità da inadempimento contrattuale, atteso che questi ha già effettuato la restituzione del credito residuo.

Per tale motivo, la richiesta formulata dall'istante di trasferimento del credito ricaricato non può essere accolta"

Si richiama anche la Deliberazione Co.re.com. Marche n. 16/19, nella quale il rigetto delle richieste di parte istante viene così motivato:

"In relazione alla domanda sub i) l'utente ha chiesto alla società H3G il riaccredito dell'integrale credito residuo ammontante ad euro 938,67 (novecentotrentotto/67), cioè del credito principale, ottenuto tramite apposito acquisto e dal credito "omaggio", frutto di auto ricariche, bonus, promozioni, presente alla cessazione dell'utenza 393656XXXX. La richiesta dell'istante non è meritevole di accoglimento, stante l'indeterminatezza dell'oggetto, in quanto non è possibile evincere l'ammontare delle somme relative al credito residuo acquistato dall'utente.

Al riguardo si richiama ***l'orientamento costante dell'Autorità Garante per le Comunicazioni e di questo Corecom, in virtù del quale l'istante è tenuto ad adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione. Sul punto, occorre ricordare, come ampiamente precisato nelle numerose delibere dell'Autorità, che l'utente avrebbe dovuto precisare il quantum oggetto della richiesta di rimborso e come questo è stato accumulato nel tempo, spettando al gestore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, dimostrare la regolarità del proprio operato. Al contrario, in mancanza di documentazione a sostegno delle richieste formulate dall'utente, l'istanza risulta, sul punto, generica ed indeterminata*** (cfr. Delibera Agcom 68/16/CIR; Delibere Corecom Toscana n. 17/2017, n. 14/2016, n. 156/2016 e n. 157/2016, Determina Corecom Toscana n. 26/2015, Determina Corecom Marche n. 1/2017)”

Inoltre, si richiama quanto disposto con il Decreto DC/75/19/CRL del Corecom Lazio:

*“L'utente lamenta un ritardo nella gestione del credito residuo che, sarebbe dovuta avvenire il 14.9.2017 ed è invece stato restituito solo in data 21.3.2018 (...). La domanda di indennizzo per tale ritardo è infondata e viene pertanto rigettata. Nei contratti con gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, **il cosiddetto “credito residuo” può essere definito come l'importo netto che in un dato momento del rapporto contrattuale tra l'operatore e il suo cliente, relativo all'acquisto di una carta ricaricabile prepagata o al pagamento di una ricarica, non risulta ancora essere stato speso dall'utente che lo ha anticipatamente corrisposto.** Il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 1 della Legge n. 40/2007 sancisce inequivocabilmente il diritto degli utenti al riconoscimento del “credito residuo” e, nel settore delle telecomunicazioni, anche alla sua trasferibilità fra gli operatori in caso di portabilità del numero. **L'importo da trasferire deve ritenersi al netto di bonus e promozioni che l'utente ha ricevuto dal precedente gestore (perché la legge Bersani tutela soltanto il credito “acquistato” e non quello “regalato” o, comunque, non corrispondente ad un effettivo esborso***

dell'utente), oltre che dei costi sostenuti per l'operazione di trasferimento, se effettivamente giustificati e pertinenti, come imposto dalla legge”.

Un consolidato orientamento in materia, ci consente, serenamente, di affermare che deve essere rigettata qualsivoglia richiesta di indennizzo da parte dell'utente poiché come da indirizzo AGCom :

*“L'esistenza di un concreto e reale interesse all'utilizzo della SIM, viceversa, sarebbe stata dimostrata da almeno due circostanze fattuali: “l'utilizzo continuo del servizio da parte dell'istante (dimostrabile attraverso l'effettuazione delle ricariche...) e, **almeno, un comportamento proattivo** volto alla risoluzione del problema tramite l'acquisto di una ricarica”.* (Delibera n. 37/15/CIR).

Preme, alla scrivente difesa, rilevare che il gestore, a dimostrazione della propria buona fede, ha restituito l'importo di euro 431,25, in quanto ritenuto in quanto regolarmente acquistato mediante ricariche telefoniche. La ricezione di tale importo veniva confermato dall'istante stesso nel Formulario GU14.

Avendo il Gestore già erogato il suddetto importo, nessuna ulteriore somma è dovuta, e su tale punto dovrà quindi essere dichiarata la cessata materia del contendere.

Inoltre, **preme sottolineare l'evidenza che, avendo la cliente presentato istanza di conciliazione solo 7 anni dopo l'accaduto, ha leso il diritto di difesa della convenuta, non consentendole di conservare il tracciamento delle ricariche ed il traffico,** poiché, in ragione dell'art. 123, comma 2, D. Lgs. 196/2003 (Codice della Privacy) è previsto che *“il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi”.*

Premesso quanto sopra si richiama la delibera 276/13/CONS, *“Approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed*

operatori di comunicazioni elettroniche”, con cui l’Autorità ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi, bisogna fare riferimento, tra le altre cose, al concorso del **fatto colposo del creditore**: se l’utente, creditore dell’indennizzo da inadempimento, **ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l’ordinaria diligenza per evitarlo**, **l’indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto**. In aggiunta, l’AGCOM ha puntualizzato che, con riferimento ai criteri temporali per il calcolo dell’indennizzo, ed in applicazione dei principi di proporzionalità ed equità, se dal comportamento tenuto dall’utente può desumersi un completo disinteresse per il servizio oggetto di sospensione o disservizio (*ad es. perché per giorni, mesi o addirittura per anni non ha reclamato o avanzato richieste in proposito*), il predetto calcolo va fatto decorrere dal momento in cui un simile interesse diventa attuale e viene manifestato attraverso un reclamo o altra forma di interlocuzione con l’operatore.

La Corte di Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21 novembre 2011, n. 24406 hanno elaborato una massima che vale qui la pena richiamare:

*“In tema di risarcimento del danno, al fine di integrare la fattispecie di cui all’art. 1227, primo comma, c.c. - applicabile per l’espresso richiamo di cui all’art. 2056 c.c. anche alla responsabilità extracontrattuale - **il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza**. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, comma, c.c., **sussiste il comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l’evento lesivo in suo danno.**”*

Inoltre, destituite di fondamento appaiono le richieste di indennizzo per mancata risposta ai reclami che l’istante inviava tramite PEC il 04/05/2015, il 23/07/2015 e il 20/06/2020 all’assistenza clienti Wind Tre, in quanto, si rappresenta che tale richiesta non possa trovare accoglimento alcuno, considerato *in primis* che lo stesso si profila unicamente come

richiesta di rimborso del credito presente sulla sim intestata all'utente e non appare equiparabile alla definizione di "reclamo" fornita dalla normativa dell'Autorità di settore e dalle disposizioni della Carta Servizi. La questione in esame trova le sue basi normative nella Delibera AGCOM 179/03/CSP che all'art. 1, comma 1, lett d) stabilisce che il reclamo è *"l'istanza con cui l'utente si rivolge direttamente all'organismo di telecomunicazioni per segnalare un disservizio..."*. Quindi il Regolamento AGCOM fissa gli indennizzi dovuti al cliente per la mancata risposta a tale specifica tipologia di reclamo che si sostanzia quindi in una segnalazione. Considerato quanto sopra, è impossibile sostenere che il reclamo inviato da parte istante rientri nella definizione normativa di "reclamo". 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.

Ad abundantiam, si ribadisce quanto già esplicitato, che il gestore ha dato comunque riscontri del caso tramite SMS, e-mail e PEC, nonché per *"facta concludentia"* attraverso la restituzione del credito riconosciuto, ma, in ogni caso, la scrivente difesa ritiene non debbano trovare accoglimento in caso di richieste pretestuose per sistematicità, frequenza o infondatezza.

Preme inoltre evidenziare come la richiesta di parte istante sia da rigettare, laddove non allegghi alcuna documentazione a supporto.

A tal proposito, si sottolinea l'evidenza che la cliente non produce prova del fatto che il credito presente sulla SIM fosse derivante, effettivamente, da ricariche acquistate. La delibera Agcom n. 70/12/CIR ha stabilito che in materia di onere della prova: *"La domanda dell'utente dovrebbe essere rigettata nel merito, qualora lo stesso non adempia l'onere probatorio su di lui incombente: con riferimento al caso di specie, per ottenere il rimborso di spese asseritamente versate a titolo di penale, avrebbe dovuto fornire la prova dei pagamenti, nonché dell'avvenuta contestazione delle fatture [...]"*.

La richiesta dell'istante non merita, quindi, accoglimento in quanto l'utente non ha assolto all'onere probatorio previsto a suo carico.

In ogni caso si richiamano i principi fondamentali del processo civile, in particolare della difesa e del contraddittorio, disciplinati dagli articoli 115 c.p.c. e 2697 c.c. che prevedono che il giudice debba decidere *iuxta alligata et probata*, e quindi, porre a base della decisione unicamente le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda e le prove offerte dalle parti, e che chiunque voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, principi, quindi, che non risultano essere stati rispettati da controparte. Preme, inoltre, sottolineare che è necessario provare i danni subiti dal singolo utente a seguito del disservizio imputato al gestore telefonico, non essendo sufficiente far riferimento ad un fatto notorio. In altre parole, qualora si dimostrasse la totale assenza di linea del gestore telefonico convenuto nella procedura che ci interessa, occorrerebbe dimostrare i danni subiti dal singolo, che allo stato non sono stati forniti.

Sul tema vedasi anche la Delibera n° 23 del 16 aprile 2020 del Corecom Calabria.

Inoltre, le richieste avanzate da parte istante **denotano la configurazione di una lite temeraria** ovvero la volontà di azionare gli strumenti amministrativi a disposizione per far valere non un eventuale diritto, nella consapevolezza o nell'ignoranza dell'infondatezza della propria pretesa ovvero che nessun importo sia dovuto ma anche che alcun danno è indennizzabile.

Si rileva infine, come ultima e non meno importante precisazione, che Wind Tre, in ottica estremamente conciliativa e a dimostrazione della propria a buona fede, in fase di gestione della presente istanza, ha cercato di trovare, con la sig.ra XXXXX, un accordo bonario della controversia, ma lo stesso non è andato a buon fine.

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.”

3. Replica istante

Alla memoria dell'Operatore l'istante ha replicato con nota del seguente tenore:

In via preliminare:

1) Ritengo opportuno, in primo luogo, manifestare lo stupore per la “corposa” memoria difensiva di controparte formata da ben 19 pagine: le linee guida del Corecom suggeriscono “memorie” e “repliche” chiare, sintetiche e composte da un numero contenuto di pagine. La mia scelta di procedere alla Definizione del Corecom invece di rivolgermi all’Autorità Giudiziaria deriva dalla semplicità della controversia in oggetto. Mi limiterò, quindi, a ricostruire schematicamente i fatti e a contestare le più evidenti e importanti falsità sostenute da controparte, che, evidentemente in assenza di argomenti, ha fatto gravi asserzioni ed illazioni nei confronti della sottoscritta in merito ad un ipotetico utilizzo distorto e fraudolento della SIM, senza peraltro fornire alcuna prova.

2) Si contesta l’eccezione preliminare di controparte sulla indeterminatezza della domanda in quanto assolutamente infondata: dai documenti prodotti e dalla descrizione dei fatti risulta assolutamente determinabile l’oggetto della domanda.

I documenti prodotti dimostrano la presenza di € 1.493,25 di credito residuo di mia proprietà sulla SIM con numero XXXX0500, credito confermato anche da una comunicazione ufficiale WindTre (già Wind Telecomunicazioni S.p.a.), e allo stesso modo è pacifico che WindTre ha provveduto a restituirmi solo una parte di tale importo (€ 431,25) mediante bonifico bancario, come dichiarato anche da controparte. È evidente, dunque che WindTre continua a trattarsi illegittimamente l’importo di € 1.056,00 (1.493,25 – 431,25) di mia proprietà. La restituzione di tale importo è l’oggetto della controversia, come ampiamente descritto in atti.

Si rileva, pertanto, l’assoluta infondatezza dell’eccezione di controparte che dovrà, dunque, essere rigettata.

Nel merito

1) Prima di procedere alla ricostruzione dei fatti, viste le difese avverse, si contestano in primo luogo tutte le asserzioni ed illazioni di controparte in merito all'utilizzo della scheda oggetto della presente procedura da parte dell'esponente in quanto **assolutamente false, infondate, non provate e non rispondenti al vero**, volte esclusivamente a distogliere l'attenzione dalla condotta illecita posta in essere dalla stessa società la quale, nonostante la richiesta dell'esponente ad ottenere la restituzione del credito residuo presente sulla sua utenza e la conferma della stessa società del diritto ad ottenere tale credito, ha provveduto a restituire tramite bonifico solo una parte dello stesso, trattenendosi l'importo di € 1.056,00.

Si rileva, inoltre, come tutte le illazioni ed asserzioni contenute nella memoria difensiva avversa quali quelle che vedrebbero l'esponente porre in essere "*probabili comportamenti artificiosi a danno dell'operatore, volti esclusivamente ad accumulare l'importo richiesto e a monetizzarlo successivamente*", nonché quelle che vorrebbero attribuirmi un comportamento "*contrario a correttezza e buona fede*" che "*integri gli estremi del cosiddetto abuso del diritto*" in merito all'utilizzo della scheda oltre ad essere assolutamente false e non provate, sono sicuramente caluniose ed offensive nei miei confronti.

Si contesta, dunque, tutto quanto argomentato da WindTre in merito ad un asserito uso anomalo dell'utenza e si evidenzia, comunque, come tutte le asserzioni di controparte non siano supportate da alcun elemento probatorio ma siano **mere dichiarazioni di parte**: nessun valore, infatti, può avere la tabella contenute nella memoria difensiva della società convenuta, **che si contesta integralmente**, in quanto "creata" da controparte e contenente dati non veritieri e, comunque, irrilevanti ai fini della presente procedura.

Si osserva, altresì, come appare piuttosto singolare, tanto da far ritenere una precisa e preordinata malafede di WindTre, che la società convenuta nella sua memoria difensiva da una parte dichiara di non avere potuto conservare, essendo passati alcuni anni, il tracciamento delle

ricariche ed il traffico della e dall'altra produca una tabella "fatta al computer" da lei stessa creata "ad arte" in cui vorrebbe indicare il traffico in entrata della mia utenza (sic...!).

Le argomentazioni difensive della società convenuta, la quale fonda tutte le proprie difese su accuse false, ingiuriose e caluniose nei confronti dell'esponente non supportate da alcuna prova, mi costringono a valutare ogni azione, anche in altre sedi, per tutelare i miei diritti e le mie ragioni, in quanto l'intento di controparte di screditarmi attribuendomi condotte illecite e fraudolente nell'utilizzo della scheda telefonica al solo fine di indirizzare l'orientamento del Corecom è gravissimo e oltremodo scorretto.

Ad ulteriore conferma della buona fede dell'esponente nell'esecuzione del contratto, si rileva inoltre che **Wind Tre S.p.a. dall'attivazione del numero oggetto della presente controversia ad oggi non mi ha mai fatto pervenire alcuna osservazione e/o comunicazione di contestazione in merito all'utilizzo della scheda telefonica e al credito telefonico in essa contenuto e che tale utenza non ha mai subito alcuna sospensione del servizio** e, dunque, appare assai singolare e pretestuoso che controparte, solo oggi, nella presente procedura eccezionale asseriti comportamenti illegittimi da parte dell'esponente nell'esecuzione del contratto, senza peraltro fornirne alcuna prova.

La verità è che la scheda ricaricabile in oggetto è sempre stata da me utilizzata regolarmente secondo le condizioni del suo piano tariffario e che non vi è mai stato alcun uso illecito e/o anomalo del servizio.

2) Si precisa, inoltre, fin da subito, che sulla SIM oggetto della definizione **non è mai stato attivo** un piano tariffario autoricaricante, pertanto, tutti i riferimenti di controparte alle "autoricariche", "bonus da autoricarica", "credito omaggio" sono inconferenti con la presente vertenza, così come lo sono i molteplici riferimenti e richiami ad altre procedure su tali argomenti.

La mia utenza XXXXX0500 è stata attivata nel 2011 con piano tariffario "WIND 12", modificata in data 12/06/2012 con il profilo

tariffario “WIND 9” e successivamente rimodificata dallo stesso gestore in “WIND 12”, profilo poi mantenuto fino al momento della cessazione

3) Si contesta, altresì, quanto falsamente asserito da controparte sulle altre due procedure di conciliazione da me presentate presso il Corecom Liguria, le quali riguardano fatti **ben differenti da quelli oggetto di causa** e che vengono citate impropriamente e temerariamente dalla società convenuta al solo fine di cercare di mettere nuovamente in cattiva luce l’esponente. Si può infatti facilmente verificare *per tabulas* come in nessun modo i fatti contenuti in tali procedimenti possano essere equiparati a quelli della presente controversia in quanto la prima (cfr. UG/495149/2022) riguardava l’illegittima attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti da parte di WindTre, mentre la seconda (cfr. UG/507826/2022) riguardava la restituzione di € 188,00, corrispondente all’importo non trasferito da WindTre per un disguido tecnico a seguito di Portabilità.

In tali controversie, dunque, non vi è nessuna monetizzazione del credito né tantomeno nessun importo estremamente elevato. Entrambe le procedure si sono concluse con un accordo conciliativo e citarle in questa memoria difensiva, a sproposito e fuori contesto, affermando palesemente cose non veritiere, è estremamente grave e scorretto. Da tutto quanto sopra esposto, dunque, appare evidente come le argomentazioni difensive di controparte siano al limite della temerarietà, prive di alcun fondamento e finalizzate esclusivamente a mettere in cattiva luce l’esponente attribuendogli condotte illecite e fraudolente al fine di tentare di giustificare la propria condotta illecita.

4) Ricostruzione dei fatti

Fatte le doverose premesse di cui sopra, per comprendere l’intera vicenda, a confutazione della ricostruzione non veritiera e scorretta di WindTre, si riporta brevemente come si sono svolti i fatti:

- In data 11/02/2015 e dopo oltre 18 mesi di mancato utilizzo della SIM ho inviato a WindTre una PEC di richiesta di cessazione della mia utenza XXXXX0500 con allegato il Modulo di richiesta restituzione credito residuo. –

- In data 19/02/2015 veniva cessata la scheda, mentre la restituzione del credito non veniva gestita per mancanza (a detta dell'operatore del Servizio Clienti Wind 155) dell'indicazione della modalità di rimborso. Si era trattato di un palese errore perché la modalità di rimborso era ben specificata nel modulo compilato, allegato alla PEC.

- Per tale motivo, in data 26/02/2015, ho inviato un'altra PEC di sollecito inoltrando lo stesso modulo e avendo cura di indicare nel testo della PEC (vd. doc. "PEC_SollecitoRestituz-credito_XXXXX0500_26-02-15") *"che la Restituzione dell'intero Credito Residuo, pari a Euro 1.493,24, presente sull'utenza n. XXXXX0500 al momento della cessazione (avvenuta in data 19/02/15) dovrà essere effettuata tramite bonifico così come specificato nel "Modulo per la richiesta di Restituzione Credito residuo"*.

- Su questo punto la ricostruzione di controparte è errata e non corrispondente al vero: in questa fase nessuno aveva giudicato la richiesta non accoglibile perché credito non generato da ricariche, fatto tra l'altro non vero.

Il non accoglimento del rimborso era stato generato dalla errata gestione della pratica, tanto è vero che con la PEC del 26/02/2015 la pratica è stata lavorata correttamente ed accolta completamente.

- In data 05/03/2015, infatti, WindTre mi ha confermato tramite SMS e con una telefonata dal Servizio Clienti l'accoglimento della mia richiesta, ribadita ufficialmente da una lettera del 06/03/2015 dove WindTre si impegnava entro 30 giorni a provvedere al rimborso del mio credito telefonico di € 1.487,25 (1.493,25 – 6,00 di costo operazione).

- In data 04/05/2015, non avendo ancora ricevuto alcun rimborso, ho inviato un'altra PEC di sollecito e in data 11/05/2015 WindTre mi ha rimborsato solo € 431,25 e non l'intero importo di credito residuo dovuto.

- Ho immediatamente contattato il Servizio Clienti WindTre per contestare l'accaduto e chiedere il pagamento dell'importo residuo ancora dovuto pari ad € 1.056,00 (1.487,25 – 431,25) senza esito alcuno e senza aver ricevuto alcuna risposta.

- In data 23/07/2015 ho inviato un'ennesima PEC di reclamo per richiedere l'importo mancante. A tale PEC mi viene data risposta solo in data 01/12/2015 con giustificazioni e motivazioni false e totalmente inventate sulla mancata restituzione dell'intero credito residuo presente sulla scheda al momento del recesso. WindTre, infatti, nella PEC di risposta del 01/12/2015 (citata anche da controparte) dichiara il falso quando afferma che *“a causa di un mancato aggiornamento della piattaforma informatica che genera l'informazione sulle voci di bonus, Le è stato comunicato l'importo complessivo del credito comprensivo quindi anche dei bonus e delle promozioni accreditati nei mesi precedenti alla data di disattivazione, il cui ammontare non è rimborsabile in caso di richiesta di MNP, scadenza sim o recesso”* considerato il fatto che **nei mesi precedenti la cessazione della mia scheda NON È STATO RICEVUTO ALCUN BONUS** sulla stessa come risulta chiaramente per tabulas dall'importo del Credito Residuo pari ad € **1.491,24** presente sulla SIM alla data del **20/09/2013**, ben 17 mesi prima della cessazione avvenuta in data 19/02/2015.

E' palese, pertanto, che quanto affermato nella PEC del 01/12/2015 di WindTre e ribadito da controparte nella memoria difensiva ossia che *“a seguito della verifica puntuale sulla Sua posizione effettuata dai nostri dipartimenti tecnici successivamente all'invio della comunicazione 06/03/15 è emerso che parte del credito pari a € 1056 è stato generato da trasferimenti di bonus da altri clienti nei mesi precedenti”* è assolutamente falso e non corrispondente al vero, temerariamente inventato al solo fine di giustificare la mancata restituzione dell'intero credito residuo.

5) Ricostruzione Analitica - Credito Residuo SIM:

- 20/09/2013 -> Credito Residuo: € 1.491,24 (scad. Sim 23/08/14)
- 03/08/2014 -> Effettuata Ricarica di € 2,00 per prorogare la validità della SIM, nuovo credito residuo € 1.493,24 (nuova scad. Sim 03/08/15)
- 11/02/2015 -> Credito Residuo: € 1.493,24, (scad. Sim 03/08/15)

- 06/03/2015 -> Credito Residuo da rimborsare: € 1.493,24 (Lettera WIND).

Da questo breve schema e dalla semplice analisi degli importi del Credito Residuo risultanti dall'Area Clienti WindTre e dalla comunicazione ufficiale di WindTre, in assenza di traffico in uscita (ammesso dalla stessa controparte nella memoria difensiva), si dimostra che sulla mia SIM XXXXXX0500 negli ultimi 17 mesi di vita non è stato ricevuto alcun bonus e che, pertanto, tutto il credito presente doveva essere restituito senza alcuna decurtazione prevista dall'Art. 2.6 della Carta dei Servizi WindTre dove viene espressamente specificato che "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 12 mesi**".

6) Si precisa, inoltre, che prima di inviare la PEC di richiesta di cessazione della SIM e il contestuale Modulo di Richiesta di restituzione del credito residuo, ho provveduto diligentemente ad effettuare una duplice chiamata al Servizio Clienti WIND 155 per richiedere ed avere conferma dell'ammontare del credito residuo che mi sarebbe stato restituito in caso di chiusura della SIM ed in entrambe le chiamate (nell'ottobre 2014 e nel febbraio 2015) ho avuto conferma che tutto il credito presente (pari a € **1493,24**) sarebbe stato restituito in quanto (confermato dal Servizio Clienti Wind) l'intero importo era TUTTO compreso nel "*basket credito residuo*". Tale informazione mi ha fatto decidere sull'invio della PEC di cessazione e del Modulo di richiesta restituzione credito e la lettera di conferma da parte di Wind del 06/03/2015, non fa altro che certificare la stessa informazione ricevuta da parte del Servizio Clienti WIND 155.

Mi pare superfluo precisare che in caso di comunicazione differente (e cioè della non possibilità di restituzione dell'intero credito) non avrei MAI fatto richiesta di cessazione della SIM ed oggi avrei un credito residuo di € 1493,24 da poter utilizzare a mio piacimento (sic!).

Facendo mio il richiamo di controparte su quanto disposto nella Determina GU14/222221/2019 del Corecom Emilia-Romagna, la sottoscritta, con la chiamata preventiva al Servizio Clienti 155 ritiene di

aver adempiuto *“all’onere d’informarsi, nel senso di farsi responsabilmente parte attiva acquisendo diligentemente tutte le notizie rese disponibili in relazione al rapporto contrattuale che si intende instaurare” o nel mio caso cessare.*

7) WindTre, riportando la normativa di settore, in via generale e senza alcun riferimento specifico al caso in oggetto, precisa che il credito oggetto di trasferimento a seguito di recesso e portabilità riguarda esclusivamente il credito telefonico ricaricato dall’utente, ma dimentica di ricordare che il credito residuo, in via generale, indipendentemente dai motivi del recesso e della sua origine (acquistato o frutto di bonus, promozioni e/o altro) deve essere **sempre conservato e restituito** *tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore tramite accredito sull’utenza interessata o su una diversa utenza della stessa rete* (vd. Delibera n. 73/12/CIR, Delibera n. 106/14/CIR, Corecom Toscana Determinazione n.15 /2015 vs. Vodafone e altre) come costantemente ribadito dall’AGCOM. Si rileva, pertanto, come anche sotto questo aspetto WindTre, in assoluta malafede, si preoccupa di precisare solo ciò che fa comodo alla “sua narrazione” senza andare nel merito della mancata restituzione del credito residuo di mia proprietà (anche solo come accredito su altra utenza WindTre).

8) Si evidenzia, inoltre, come sia risibile la contestazione di controparte quando sottolinea che la sottoscritta avrebbe “leso il diritto di difesa della convenuta” per aver presentato istanza di conciliazione dopo 7 anni. Si ricorda a WindTre, infatti, che la contestazione della mancata restituzione del credito residuo di € 1056,00 è avvenuta nella immediatezza dei fatti e che, quindi, il gestore avrebbe potuto/dovuto, in presenza di contestazione, salvare e conservare le evidenze di traffico bonus, eventualmente ricevuto nei 12 mesi antecedenti la cessazione. WindTre, invero, non ha potuto presentare alcunché non tanto per la “lontananza” dei fatti, ma SOLO perché non c’è stata nessuna ricarica e/o promozione bonus da decurtare, come ampiamente già dimostrato. Ricordo ancora, così come indicato nelle note del Modulo firmato per la restituzione del credito e nell’Art 2.6 della Carta del Cliente (All. 2 di controparte - Carta dei Servizi), che le Condizioni Contrattuali di Wind prevedono che “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 12 mesi**".

Tali condizioni sono ben indicate anche nelle note di "*Gestione del credito residuo di Wind*" (riportate da controparte) che il gestore ha totalmente disatteso all'epoca dei fatti.

9) Alla luce di quanto sopra esposto, si evidenzia, dunque, che l'importo di credito residuo presente sulla SIM al momento del recesso pari a € 1.493,24, mai contestato da WindTre, è chiaramente indicato in tutta la documentazione allegata alla presente memoria e che nessun bonus gratuito e/o promozione è stato erogato negli ultimi 12 mesi di vita della SIM, come ampiamente dimostrato ai punti 4) e 5). Da ciò ne segue che TUTTO il credito residuo presente al momento del recesso deve essere restituito senza alcuna decurtazione, indipendentemente dalla sua origine.

A ben vedere, si sottolinea come la lettera di WIND ricevuta il 06/03/2015 sia stata l'UNICA nota di verità dell'intera vicenda, il sistema automatizzato WindTre, infatti, ben tarato sulle modalità di gestione del credito residuo mi aveva comunicato il VERO e la piattaforma informatica di WindTre non aveva subito nessun "mancato aggiornamento".

10) Indennizzo per mancata/tardiva risposta al reclamo

Si contesta quanto sostenuto da controparte sulla non applicabilità degli indennizzi alle mie PEC di reclamo: nella Delibera AGCOM 179/03/CSP (Art. 8 Reclami e segnalazioni, comma 1) è previsto che "*Gli organismi di telecomunicazioni assicurano agli utenti il diritto di presentare, senza oneri aggiuntivi, reclami e segnalazioni, per telefono, per iscritto, a mezzo fax o per via telematica, in particolare per malfunzionamenti o inefficienze del servizio, inosservanza delle clausole contrattuali o delle carte dei servizi nonché dei livelli di qualità in esse stabiliti*".

La sottoscritta ha inviato PEC di reclamo per lamentare il "disservizio" di non restituzione del credito residuo, come previsto dalle clausole contrattuali.

Sulla richiesta di indennizzo per la Mancata/Ritardata risposta al reclamo si fa riferimento, nello specifico, al reclamo inviato via PEC il 23/07/2015 la cui risposta è arrivata solo il 01/12/2015 con oltre 130 giorni di ritardo e al reclamo inviato via PEC il 20/06/2020 a cui non è mai stata data alcuna risposta. La generica risposta alla PEC del 20/06/2020 di “*dati incompleti ai fini dell’identificazione*” è risibile, priva di alcun fondamento in quanto tutti i miei dati erano ben presenti nella PEC con tanto di fotocopia del mio documento d’identità, né tantomeno la risposta di dati incompleti può essere considerata una risposta “valida”. Si ricorda che la risposta al reclamo scritto deve essere resa, al massimo, entro 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta e, in caso di rigetto, adeguatamente motivata.

Per tali ritardi si chiede l’applicazione dell’Art.12 - Allegato A della delibera 347/18/CONS. Per tutto quanto sopra esposto la sottoscritta Avv.XXXXX

RICHIEDE

- 1) la restituzione di € 1.056,00 corrispondente al valore del credito residuo presente sulla mia Sim che non è stato restituito;
- 2) l’indennizzo per la mancata/ritardata risposta scritta ai reclami del 23/07/2015 e del 20/06/2020 pari € 300,00, essendo stati ampiamente superati i termini previsti;
- 3) il rimborso delle spese di procedura previste dalle Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, da liquidarsi secondo criteri di equità e proporzionalità.

4. Motivazione della decisione

Preliminarmente si osserva che l’istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall’art.14 del Regolamento

Alla luce di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere parzialmente accolte, come di seguito indicato.

La Sig.ra XXXXXX ha sollecitato all'operatore Wind Tre il riconoscimento per intero del credito residuo presente sull'utenza mobile XXXXXX0500, disattiva, su sua richiesta, dal 2015.

Dagli atti del procedimento risulta che l'istante nel 2015, all'atto della disattivazione della SIM, ha richiesto al gestore la restituzione, a mezzo bonifico bancario, del credito residuo sulla SIM in oggetto, ammontante ad euro 1.493,24. Il gestore dopo alcune verifiche effettuate, visto l'importante importo richiesto, riconosce e accredita, con bonifico bancario, unicamente la somma di 431,25 e alle rimostrante della Sig.ra XXXX, l'Operatore in data 01/12/2015 invia una mail in cui rappresenta come sia stato possibile che in un primo momento, per un problema tecnico, le sia stato erroneamente comunicato l'importo totale come credito di cui aveva diritto al rimborso, mentre da successive verifiche risultava che l'importo esatto da rimborsare come credito derivante dall'acquisto di ricariche telefoniche, ammontava ad euro 431,25 debitamente bonificato in data 11/05/2015, specificando che la parte contestata dalla cliente (pari ad euro 1.056,00) era frutto di trasferimenti, sulla sim in oggetto, da altri abbonamenti che avevano in precedenza ottenuto bonus e autoricariche e che per tale motivo non è possibile monetizzare.

Dopo circa 5 anni, a giugno 2020 l'istante richiede nuovamente all'operatore di ottemperare al versamento dell'importo contestato inviando una pec, alla quale WIND TRE riscontra con una richiesta di maggiori informazioni.

Dopo altri due anni, in data 09/04/2022 l'istante presenta istanza di tentativo obbligatorio di conciliazione e, in seguito al verbale negativo, istanza di definizione.

Le linee guida allegate alla delibera AGCOM 487/18/CONS definiscono il credito residuo come "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".

Quindi il "credito residuo" può essere definito anche come l'importo netto che in un dato momento del rapporto contrattuale tra l'operatore e il suo cliente, relativo all'acquisto di una carta ricaricabile prepagata o al pagamento di una ricarica, non risulta ancora essere stato speso dall'utente che lo ha anticipatamente corrisposto

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, in sede di sua applicazione, è stata intesa dall'AGCOM 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" (Delibera n. 416/07/CONS). Con la stessa delibera, inoltre, ha diffidato gli operatori di telefonia mobile (presenti all'epoca sul mercato) a "ottemperare, entro il termine massimo di 45 giorni dalla notifica della presente, 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"

Nel caso di specie, è stato accertato che l'operatore Wind Tre ha trasferito per l'utenza n. XXXXX0500 il solo importo di euro 431,25, frutto di ricariche e non l'importo frutto di autoricarica.

Cosicché, la controversa riguarda la restituzione del credito derivante da bonus/autoricarica, come infra indicato. Nella fattispecie trova applicazione l'art. 2 delle linee guida, delibera 204/18/Cons, Allegato B), che stabilisce: "il credito residuo debba comprendere esclusivamente l'importo ricaricato autonomamente dal cliente e non anche gli importi riconosciuti in forma di bonus, promozione o altra iniziativa del gestore di servizi nella sua integralità". Come affiora evidente dalla testé richiamata delibera, il c.d. decreto Bersani tutela soltanto il credito "acquistato" e non quello "regalato".

L'istante, quindi, ha, in linea generale, il diritto di ottenere, ai sensi della legge 2 aprile 2007 n. 40 e ss.mm., la restituzione monetaria del proprio credito residuo 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 dà solo diritto al trasferimento su altra sim dell'utente. La restituzione del credito quindi è limitato agli importi che il medesimo abbia "acquistato" e corrispondenti ad un effettivo esborso dell'utente.

Non essendo possibile appurare l'ammontare delle somme relative al credito residuo realmente acquistato dall'istante e la mancanza di prova circa la sua esistenza, stante l'indeterminatezza dell'oggetto, l'impossibilità di accertare il "quantum debeatur", la richiesta dell'istante non è meritevole di accoglimento.

La ricorrente, a fronte della contestazione di parte convenuta sulla natura del credito residuo, non ha dimostrato di aver realmente acquistato il credito richiesto pari a euro 1.056,00, infatti non è stata data alcuna indicazione o prova da parte dell'istante circa l'origine di tale credito residuo, credito cospicuo ed inusuale per una mera utenza mobile che, come dichiarato dall'istante nelle proprie memorie, non veniva utilizzata per mesi.

Al riguardo si richiama l'orientamento costante dell'Autorità Garante per le Comunicazioni e di questo Corecom, in virtù del quale l'istante è tenuto ad adempiere quanto meno all'obbligo di dedurre, con minimo grado di precisione, quali siano i fatti ed i motivi alla base della richiesta allegando la relativa documentazione. Sul punto, occorre ricordare, come ampiamente precisato nelle numerose delibere dell'Autorità, che l'utente avrebbe dovuto precisare il quantum oggetto della richiesta di rimborso e come questo è stato accumulato nel tempo, spettando al gestore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, dimostrare la regolarità del proprio operato.

Inoltre per l'Art. 2697 c.c l'onere di provare un fatto ricade su colui che invoca proprio quel fatto a sostegno della propria tesi (onus probandi incumbit ei qui dicit): chi vuol far valere in giudizio un diritto deve quindi dimostrare i fatti costitutivi, che ne hanno determinato l'origine.

Inoltre l'utente dopo aver ricevuto la comunicazione del 01/12/2015 con la quale l'operatore esplicitava le motivazioni per le quali non poteva essere

accolta la sua richiesta, avrebbe dovuto nell'immediatezza, diligentemente, ricorrere in ogni sede per far valere il suo diritto, e non presentare la medesima richiesta a mezzo pec dopo 5 anni, aspettando poi altri 2 anni per proporre istanza di conciliazione, condotta che ha leso il diritto alla difesa di controparte.

Non si ravvisa nella condotta dell'operatore WindTre responsabilità da inadempimento contrattuale, atteso che questi ha già effettuato la restituzione del credito residuo.

Pertanto, la richiesta dell'istante relativamente al riconoscimento del credito residuo non può essere accolta.

Di contro, la richiesta di indennizzo per mancata risposta a reclamo può essere accolta nei termini che seguono.

La mancata risposta al reclamo, nei termini stabiliti dalla carta dei servizi e dalle delibere dell'Autorità, fonda il diritto dell'utente, in base al Regolamento sugli indennizzi, al riconoscimento dell'indennizzo erogabile ai sensi dell'articolo 12, comma 1, e che lo stesso deve essere liquidato in misura unitaria anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio, ai sensi del medesimo articolo, comma 2.

Ciò premesso si osserva che, nel caso in esame, al reclamo inoltrato in data 04/05/2015 è stata data risposta per facta concludentia in data 11/05/2015 avendo l'operatore, in tale data, provveduto al pagamento di euro 431,25, mentre in merito al reclamo inviato il 23/07/2015 è stata data risposta, come indicato da entrambe le parti nelle proprie memorie, in data 01/12/2015 dando diritto alla liquidazione di un indennizzo per ritardo nella gestione del reclamo, per il calcolo del quale si deve individuare quale dies a quo nella data del 07/09/2015 (reclamo del 23/07/2015 detratto il termine di 45 giorni per la risposta dell'Operatore) e il dies ad quem nella data del 01/12/2015 giorno di inoltro della risposta da parte di WIND TRE, per un totale di 84 giorni ad euro 2,50 al giorno per un importo totale pari a euro 210,00 .

Infine per quanto riguarda il reclamo del 20/06/2020, lo stesso può considerarsi totalmente reiterativo del precedente del 23/07/2015 e non indennizzabile essendo riconducibile alla medesima contestazione per la

quale era già stata data risposta, seppure tardivamente, e riconosciuto il relativo indennizzo.

A riguardo delle spese di procedura, nel caso di specie, considerato il comportamento complessivo delle parti, le difese da entrambi svolte, nonché le risultanze delle stesse, si ritiene congruo compensare integralmente le spese, secondo criteri di equità e proporzionalità di cui all'art. 20, comma 6, del Regolamento.

DELIBERA

Articolo 1

1. In parziale accoglimento dell'istanza presentata da XXXXXX il Comitato delibera affinché l'operatore WIND TRE (VERY MOBILE) provveda a:
 - Corrispondere l'importo di euro 210,00 come indennizzo per tardiva risposta al reclamo.
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 comunicata alle parti e pubblicata sul sito web dell'Autorità.

IL SEGRETARIO
Tiziana Salvatori

IL PRESIDENTE
Avv. Vinicio Tofi

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)