

DELIBERA DL/07/19/CRL/UD 29/01/2019
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
S.KALEMI / WIND TRE XXX
(LAZIO/D/1048/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 29/01/2019;

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’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018.

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

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”;

VISTA l’istanza dell’utente S.KALEMI presentata in data 16.12.2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato, nei confronti dell’allora Wind Telecomunicazioni XXX (ora “Wind Tre XXX” e di seguito per brevità “Tre”), l’illegittima sospensione della propria SIM Wind, nonché la decurtazione del credito residuo sulla SIM stessa.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento l’istante ha dichiarato:

- i. di essere cliente WIND da 10 anni e di aver sempre utilizzato il servizio correttamente.
- ii. che in data 28.7.2016 l’utenza venivano sospesa per uso anomalo del servizio,

- comunicato a mezzo sms dal gestore e con integrale decurtazione del credito residuo:
- iii. di aver contattato il servizio clienti per chiedere spiegazioni e di aver appreso che la Wind aveva deciso di decurtare il credito di € 1.500,00, di bloccare la SIM e di togliere qualsiasi promozione attivata sulla stessa, nonché di avere la possibilità nel termine di 15 giorni di riattivarla con un'unica promozione, tuttavia non ritenuta vantaggiosa, oppure di chiedere il suo passaggio ad un altro gestore, inviando a tal fine una raccomandata a/r;
 - iv. di essersi recata, dopo aver inviato varie comunicazioni formali, presso un centro Wind per avere chiarimenti su quanto accaduto, nonché la copia del contratto sottoscritto e, non potendo rimanere priva del servizio, di avere chiesto la migrazione ad altro operatore, pagando la somma di € 25,00;
 - v. di non aver mai ricevuto alcun riscontro alle sue richieste;

In base a tali premesse, l'utente ha chiesto:

- la restituzione dell'intero importo decurtato pari a € 1.500,00;
- il ripristino sia della numerazione, senza costi di passaggio, sia delle relative offerte promozionali attive sulla stessa;
- indennizzo per il disagio subito;
- rimborso costi di € 25,00 sostenuti per migrare ad altro gestore.

2. La posizione dell'operatore Tre

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, l'operatore ha dedotto di avere sospeso la SIM XXXXXX8601 - precedentemente attiva sulla propria rete con il piano tariffario "Pre BeWIND" con autoricarica inclusa per chiamate ricevute da numeri di rete fissa e mobili nazionali di altri operatori - per "traffico anomalo", avendo rilevato sull'utenza in questione anomalie nei volumi generati dalla stessa a fini di autoricarica.

In particolare sulla condotta posta in essere, rilevava quanto segue:

- di aver inoltrato in data 28.7.2016 sulla SIM dell'utente il seguente messaggio "*Gentile Cliente, la informiamo che è stato riscontrato un utilizzo del servizio difforme dai principi di buona fede e correttezza. Abbiamo sospeso il servizio e provveduto alla decurtazione del credito generato da autoricarica. Per ulteriori info o per una gestione alternativa chiami il Servizio Clienti WIND 155 tutti i giorni dalle 9:00 alle 20:00. In assenza di una sua comunicazione seguirà tra 15 giorni la disattivazione dalla sua Sim.*";
- di aver proceduto alla sospensione poiché sulla numerazione era pervenuto traffico entrante con finalità diverse dalle normali esigenze di comunicazione finalizzato, viceversa, ad autoricarica in volumi anomali rispetto a quanto stabilito dagli artt. 4.1. e 6.1 delle c.g.c sottoscritte dal cliente sia rispetto a quanto definito "anomalo" dall'art. 13, comma 2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;

- il 29.7.2016 perveniva una comunicazione del cliente in cui anticipava una MNP della propria SIM, che si perfezionava in data 2.8.2016.

Riportava all'interno della memoria difensiva, a titolo esemplificativo, schema contenente gli assunti volumi di traffico giornaliero entrante finalizzato ad autoricarica rilevati antecedentemente all'occorrenza sospensione.

Concludeva nel chiedere il rigetto delle domande di indennizzo formulate dall'istante, ritenendo di aver posto in essere un comportamento conforme alle proprie c.g.c. ed alla Delibera cit.

3. Motivazione della decisione

Si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno. E' dunque esclusa ogni pronuncia risarcitoria dell'istante per la quale sussiste giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario.

Pertanto la domanda di indennizzo per il disagio subito è inammissibile ai fini della presente disamina.

Ciò premesso, per esigenze di economia procedimentale e secondo quanto stabilito dalle Linee Guida ex Del. n.276/13/CONS in tema di qualificazione dell'istanza, la domanda può essere interpretata e riconvertita nel senso di una richiesta di indennizzo per la fattispecie tipica corrispondente, in conseguenza dell'accertamento di un'inadempimento contrattuale. Pertanto la domanda di risarcimento può essere interpretata quale indennizzo conseguente all'illegittima sospensione del servizio, su quale vedi infra.

Sempre in via preliminare si dichiara l'improcedibilità ed inammissibilità della domanda di ripristino sia della numerazione che delle relative offerte promozionali attive sulla SIM. La stessa non rientra, infatti, nell'ambito delle competenze del Corecom, in virtù dell'art. 19 della Delibera cit.

Premesso ciò, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere accolte per le seguenti motivazioni.

Sulla restituzione del credito e sulla sospensione della SIM

Sotto il profilo strettamente normativo l'art.1, comma 1, della legge n.40/2007, che ha convertito, con modifiche, il Decreto Legge n.7/2007, prevede che *"Al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, (...) è vietata, da parte degli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, l'applicazione di costi fissi e di contributi per la ricarica di carte prepagate, anche via bancomat o in forma telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico*

telefonico o del servizio richiesto. E' altresì vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. (...)."

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"*.

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. Tuttavia, ciò non vale per il credito derivante da promozioni/bonus/autoricarica. Il credito di tale natura, infatti, deve essere conservato e, qualora venga azzerato, restituito tramite la messa a disposizione sui sistemi del gestore (dunque, generalmente, tramite accredito sull'utenza interessata o su una diversa utenza della stessa rete), ma non può essere né monetizzato né trasferito tra diversi operatori, poiché non ha natura monetaria, bensì promozionale o di bonus e pertanto non può essere considerato "acquistato" dall'utente nel senso previsto dalla legge.

Ne consegue che la possibilità di monetizzare il credito promozionale è preclusa perché *contra legem*.

Nel caso in esame, in linea con l'orientamento più volte utilizzato dall'Autorità in casi analoghi, si ritiene fondamentale appurare se, nel caso de qua, vi siano stati episodi di utilizzo improprio del servizio da parte della ricorrente tali da integrare la violazione degli artt. 4.1 e 6.1 delle c.g.c. e dell'art 13 della Delibera n.73/11/CONS, non conformi al contratto sottoscritto oltre che in violazione del generale principio di buona fede.

Il gestore ha esposto nelle proprie memorie difensive che l'utenza oggetto di contestazione avrebbe ricevuto traffico voce entrante finalizzato ad autoricarica superiore a due ore di conversazione giornaliera, ritenendo così comprovato l'utilizzo improprio del servizio che giustifica la sospensione della SIM.

Vi è, però, che il prospetto riportato da Wind nella memoria difensiva, quale prova del ritenuto abuso, non raggiunge lo scopo di piena prova della violazione invocata dal gestore a puntello della legittimità della sospensione.

Il gestore non ha provato, con idonea documentazione, avente effettiva valenza probatoria, l'asserito uso anomalo.

Non ha prodotto i tabulati di traffico della SIM.

Non si ritiene, infatti, che la mera esemplificazione riportata nello specchietto illustrativo possa dare concreta certezza ai volumi di traffico esposti i quali, ritenuti anomali dal gestore, ma non riscontrabili e valutabili dallo scrivente, hanno condotto alla sanzione della sospensione della linea. Non reputando, pertanto, la mera dichiarazione resa dal gestore atta a provare inconfutabilmente l'uso anomalo del servizio rispetto alle condizioni del contratto da parte della ricorrente, si ritiene di accogliere la richiesta di restituzione del credito.

Considerato che quest'ultimo è derivante da autoricarica e, quindi, stante tale specifica natura non monetaria bensì promozionale, lo stesso non risulta monetizzabile, né trasferibile su SIM di altro gestore e neppure riaccreditabile su conto corrente intestato all'istante.

Si dispone, pertanto, in linea con l'impostazione assunta dall'Autorità con la Delibera n.106/14/CIR, che la società Wind trasferisca il credito azzerato in data 28.7.2016 su una nuova SIM intestata all'istante, a titolo di bonus non monetizzabile, da utilizzare entro dodici mesi dalla sua emissione.

Non essendo inoltre emersa agli atti l'esistenza dei presupposti della sospensione, non preavvisata dal gestore ma comunicata contestualmente alla stessa, come dichiarato dallo stesso istante, si ritiene equo riconoscere all'utente il diritto alla liquidazione del relativo indennizzo previsto dall'art. 4, comma 1 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS del 28.7.2016 (data di sospensione della linea) al 2.8.2016 (data di migrazione), per complessivi 5 giorni e, dunque, per un importo totale pari ad € 37,50.

Sulla restituzione dei costi per la migrazione

Per quanto sopra accertato, l'operatore è tenuto altresì a rimborsare all'utente la somma di € 25,00 per i costi sostenuti dallo stesso per la migrazione dell'utenza n. XXXXXX8601 ad altro operatore, per cui l'utente ha provato l'esborso.

4. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di € 100,00 (cento/00) da porsi a carico di Tre, considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza del S.KALEMI nei confronti della Wind Tre XXX.
2. La Wind Tre XXX è tenuta a riaccreditare all'istante il credito frutto dell'autoricarica maturato sull'utenza n. XXXXXX8601 alla data del 28.7.2016 di sospensione della stessa, su altra utenza del gestore Wind Tre XXX, sotto forma di traffico da effettuare, che dovrà essere utilizzato dall'istante entro dodici mesi dall'espletamento di detta operazione.
3. La Wind Tre XXX è tenuta a rimborsare all'utente la somma di € 25,00 per i costi sostenuti per la migrazione dell'utenza n. XXXXXX8601, oltre gli interessi legali decorrenti dalla data del pagamento.
4. La Wind Tre XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di € 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, l'importo di € 37,50 (trentasette/50) a titolo di

indennizzo ex art. 4, comma 1, Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, oltre gli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.

5. La Wind Tre XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
6. 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.
7. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
8. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.
9. La presente deliberazione è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 29/01/2019

Il Presidente

Michele Petrucci

F.TO

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

F.TO