



Consiglio regionale della Calabria

DELIBERA N. 40

**XXX GAROFALO / WIND TRE (VERY MOBILE), NEXTUS TELECOM
XXX (GU14/369221/2020)**

Corecom Calabria

IL DIRETTORE

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. 296/18/CONS;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “*Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom*” e successive modifiche e integrazioni;

VISTO l’Accordo quadro del 28 novembre 2017 tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblies



Calabria

legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall'Autorità con delibera 395/17/CONS, prorogato sino al 31 dicembre 2021;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Co.Re.Com. Calabria, in data 19/21 dicembre 2017, prorogata sino al 31 dicembre 2021; DATO ATTO del temporaneo impedimento dell'Organo collegiale a deliberare, in quanto decaduto;

RAVVISATA la necessità, allo stato, di assicurare il prosieguo dello svolgimento dell'attività amministrativa di questo organismo;

DATO ATTO della deliberazione n. 26 del 27 luglio 2016 con cui è stata conferita al Direttore la delega ad adottare i provvedimenti di rigetto/inammissibilità/archiviazione delle istanze;

VISTA l'istanza di XXX GAROFALO del 21/12/2020 acquisita con protocollo n. 0541285 del 21/12/2020;

VISTI gli atti del procedimento; CONSIDERATO

quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha richiesto la restituzione dell'intero credito residuo in seguito a migrazione presso altro operatore. Pertanto ha rappresentato: *“effettuate MNP da WINDTRE a NTMOBILE per le utenze 3894488XXX e 3274471XXX, riscontravo un parziale TCR sul nuovo Operatore, tra l'altro non notificato tramite SMS come invece la procedura di TCR prevede. In particolare, per l'utenza 3894488XXX venivano trasferiti € 68.60 a fronte di un credito presso WINDTRE di € 1009.20, mentre per l'utenza 3274471XXX venivano trasferiti € 531.41 a fronte di un credito presso WINDTRE di € 1033.01. Alla mia richiesta di chiarimenti, via PEC, il nuovo Operatore in un primo momento confermava disparità nei log della procedura MNP, fra la somma del TCR iniziale e quella erogata da Wind3 per le utenze in questione, e successivamente, alla mia richiesta di ottenere documentazione, mi rimandava a contattare WINDTRE. Nel tentativo di conciliazione avviato in data 26/10/2020 e conclusosi il 21/12/2020, Nextus Telecom non compariva, ignorando i solleciti inviati dal conciliatore”. Per il che, ha richiesto “il riconoscimento per intero del credito residuo presente sulle sim WINDTRE prima del passaggio a Nextus Telecom”.*

Il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato esperito il 21 dicembre 2020. L'istante il 21 gennaio 2021 ha presentato una memoria, facendo un excursus della vicenda, in cui rappresentava: *“ In data 15/09/2020, avveniva MNP da WIND3 a NTMOBILE per le sim 3274471XXX e 3894488XXX. In data 16/09/2020 avveniva il trasferimento del credito residuo per le sim in questione, ma a differenza del credito*



presente sulle sim WIND3, pari rispettivamente a € 1033.01 ed € 1009.20, trovavo sulle sim NTMOBILE i crediti di € 531.41 ed € 68.60. In data 15/10/2020 (dopo accurate ricerche dalle quali emergevano che eventuali reclami sul credito residuo trasferito in caso di MNP vanno rivolti all'operatore ricevente, secondo la "Comunicazione 10 settembre 2009 - trasferimento del credito residuo in caso di portabilità del numero mobile" <https://www.agcom.it/visualizza-documento/6f9c7923-6ec9-439d-8d73-9ebc2a068612>), invio primo reclamo via PEC a NTMOBILE, informandoli dell'incongruenza negli importi trasferiti. In data 19/10/2020 ricevo conferma da NTMOBILE, tramite PEC, dell'avvio dei controlli su quanto da me segnalato. In data 22/10/2020 ricevo PEC che cita testualmente "Dai log della procedura MNP ci risulta una disparità fra la somma del TCR iniziale e quella erogata da Wind3 per le utenze in questione". In data 23/10/2020, chiedo tramite PEC copia del "log della procedura MNP" da loro nominato, al fine di avere una prova documentale in caso di futuri procedimenti legali. In data 26/10/2020 ricevo PEC da NTMOBILE che mi informava che "il credito accreditato è quello erogato dal mio operatore di provenienza", e che "per ulteriori informazioni mi invitavano a contattare il mio operatore di provenienza". Sempre in data 26/10/2020 sollecitavo via PEC la mia richiesta del "log della procedura MNP". Nella stessa giornata, sempre via PEC, mi veniva risposto che "Precisiamo nuovamente a informarla che Nextus Telecom in quanto operatore ospitante non ha nessun controllo delle somme erogate nella fase MNP. La invitiamo a contattare il suo operatore di provenienza per ulteriori informazioni.". In data 26/10/2020 avvio procedura di Conciliazione dalla piattaforma ConciliaWeb, che veniva chiusa in data 21/12/2020 per mancata comparizione dell'operatore".

2. La posizione dell'operatore

La posizione degli operatori (Nextus Telecom e WindTre).

La memoria prodotta dall'operatore Nextus Telecom l'11 marzo 2021 è irricevibile, poiché è stata presentata oltre il termine regolamentare. Tuttavia, questi nel corso dell'udienza di trattazione, tenutasi l'11 marzo 2021, ha sostenuto di aver agito con correttezza, avendo accreditato per intero le somme di credito residuo trasferite dall'operatore WindTre (operatore donating), come da documentazione allegata al fascicolo documentale. Oltre a declinare ogni responsabilità, ha richiesto l'integrazione del contraddittorio con l'operatore donating, in virtù del rapporto contrattuale intrattenuto con l'utente.

Il Responsabile del procedimento, preso atto della richiesta della parte resistente, ha provveduto all'integrazione del contraddittorio, trasmettendo alle parti la comunicazione, ai sensi dell'art. 15, comma 2, del Regolamento di procedura (delibera 353/19/CONS), con contestuale convocazione dell'udienza di discussione, fissata per il 30 giugno 2021, prorogando così il termine per la conclusione del procedimento di sessanta giorni.

Successivamente, nel rispetto dei termini procedurali, l'operatore WindTre ha fatto pervenire la propria memoria difensiva, con documentazione in allegato, evidenziando che le doglianze dell'utente sono infondate, invocando la normativa restrittiva relativa al divieto di monetizzazione del credito da "autoricarica" e concludeva per il rigetto dell'istanza. Nello specifico, ha rappresentato che le due sim (3894488XXX



Calabria

e 3274471XXX) sono state attivate, rispettivamente il 17 settembre 2007 e il 28 agosto 2015 e cessate in data 15 settembre 2020 per passaggio verso altro gestore.

Ha dichiarato che si è subito adoperato per soddisfare entrambe le richieste dell'istante - per la portabilità delle SIM e per il successivo trasferimento dell'intero credito residuo- . Tuttavia, il trasferimento dell'elevato importo del credito residuo delle suddette SIM ha reso necessaria una scrupolosa ed approfondita analisi da parte dei reparti competenti, in ossequio ai principi di correttezza e di buona fede che devono essere rispettati dagli utenti nell'uso e nella fruizione del servizio. Difatti, al termine di tali controlli, è stato riscontrato che: *“... le sim, non denotavano un profilo d'uso regolare, in quanto parte del credito era frutto di ricariche ricevute da altra sim sempre appartenente all'istante che a sua volta aveva accumulato credito con Be Wind listino che prevedeva, un bonus di autoricarica in funzione del traffico ricevuto ...”*.

Per tali motivi, ha provveduto a trasferire euro 531,41 per l'utenza n. 3274471XXX ed euro 68,60 per l'utenza n. 3894488XXX, quindi, solo l'importo frutto di ricariche e non quello frutto di autoricarica.

Nel merito ha richiamato l'art. 2.6 della Carta Servizi Wind, dal titolo: *“Gestione del credito residuo per carte prepagate relative al servizio di comunicazione mobile e personale”*: *“[...] 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 13 mesi.”*, mettendo in evidenza che le condizioni generali di contratto dell'operatore esplicitano le caratteristiche del servizio di telefonia mobile *“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 - ”*.

Ha richiamato ancora l'art. 4.1 rubricato: *“Abuso del Contratto”*, il quale recita: *“Il Cliente ha l'obbligo di utilizzare il Servizio nel rispetto della legge, dei regolamenti vigenti e delle Condizioni generali di Contratto. Qualsiasi uso difforme del Servizio configura inadempimento del Cliente, con risoluzione automatica del Contratto secondo l'art. 1456 c.c., fatto salvo il risarcimento integrale dei danni conseguenti. Il Cliente ha l'obbligo di non utilizzare i Servizi in modi o per scopi illeciti o per fini di lucro e terrà indenne WIND da ogni conseguenza derivante da illecita fruizione propria o di altri. Il Cliente deve attenersi ai criteri di buona fede e correttezza nell'uso e nella fruizione del Servizio astenendosi dal conseguire vantaggi diversi da quelli connessi alla personale fruizione del Servizio, dei servizi e delle promozioni rispettando i limiti, le condizioni e le modalità dell'offerta, quali – a titolo di esempio – avvalersi di artifici per conseguire o far conseguire a terzi, o ad altre numerazioni, ricariche, o accrediti di traffico, anche eventualmente sfruttando o aggirando i sistemi di contabilizzazione o di addebito/accredito del traffico e/o dei costi delle opzioni. Il Cliente dovrà, inoltre, astenersi da usi non consentiti del servizio come, a titolo di esempio, chiamate contemporanee o consecutive o ad intervalli regolari verso gli stessi destinatari o verso numerazioni con risponditori automatici, generazione di un numero anomalo di*



SMS/MMS o chiamate brevi in arco di tempo limitato e in generale, laddove si rilevino chiamate/sms non aventi caratteristiche di normali conversazioni/messaggi tra persone (p2p). Resta inteso che è comunque vietato effettuare una distribuzione del traffico telefonico tra le eventuali diverse Carte SIM di titolarità del Cliente finalizzata a conseguire o far conseguire a terzi ricariche o accrediti di traffico, aggirando di fatto i parametri di traffico standard previsti all' articolo 6.1. Nei casi indicati WIND si riserva la facoltà di sospendere il Servizio e di addebitare al Cliente gli importi corrispondenti al traffico non correttamente tariffato, ferma restando la facoltà di adottare ogni altra misura di tutela”.

Per di più, ha affermato che il cliente, nel momento in cui ha firmato la proposta di contratto per l'attivazione delle sim, ha dichiarato, ai sensi e per gli effetti degli art. 1341 e 1342 cod. civ., di approvare specificamente le clausole delle “Condizioni generali di contratto” e tutti gli Allegati e che il comportamento tenuto dall'istante ha comportato la palese violazione sia di principi civilistici di carattere generale – quali il dovere di correttezza e di buona fede ex art. 1175 c.c. cui le parti contrattuali debbono conformare la propria condotta – sia di norme contrattuali. 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.

Ha richiamato le seguenti delibere: n. 193/16/CIR (AGCOM), n. 25/2016 Co.Re.Com. Emilia-Romagna e la determina n. 207/RO/2015 Co.Re.Com. Calabria, nonché la recente deliberazione n. 49 del 20 maggio 2020 del Co.Re.Com. Veneto, in linea con le suddette previsioni contrattuali.

Per tali ragioni, ha chiesto il rigetto della richiesta avanzata dall'istante in conformità con quanto stabilito dall'art. 14, allegato A, delibera n. 347/18/CONS, in materia di “Esclusione degli indennizzi” - *Se l'utente ha utilizzato i servizi di comunicazione elettronica in maniera anomala o, comunque, non conforme alla causa o alle condizioni del contratto stipulato, sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento per i disservizi conseguenti o, comunque, collegati a tale utilizzo* - , declinando ogni responsabilità, dal momento che, ad avviso della stessa, non vi sarebbero in capo a essa inadempimenti contrattuali.

In occasione dell'udienza di discussione, tenutasi davanti a questo Co.Re.Com. il 30 giugno 2021, l'istante ha insistito nell'accoglimento della propria domanda, per come formulata nell'atto introduttivo; mentre gli operatori, presenti a mezzo dei propri delegati, hanno esposto e precisato le rispettive posizioni.

Al termine dell'attività istruttoria, il fascicolo è stato trattenuto per la decisione.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, la richiesta formulata dalla parte istante non può essere accolta, come di seguito precisato. Questi ha chiesto riconoscimento per intero del credito residuo presente sulle sim WINDTRE prima del



passaggio a Nextus Telecom. 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"*. L'istante, dunque, ha, in linea generale, diritto alla restituzione del proprio credito ove (per qualunque motivo) cessi il rapporto con 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

Per tutto quanto sopra:

PRESO ATTO della proposta di decisione, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, di cui alla Delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018 e succ. modifiche e integrazioni ;

DELIBERA

Articolo 1

1. il rigetto integrale dell'istanza presentata dal Sig Garofalo XXX, nei confronti della società Nextus Telecom e Wind Tre (Very Mobile).
2. Ai sensi dell'art. 20, comma 3, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti 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, ai sensi dell'art. 20, comma 5, del citato Regolamento.

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.

Reggio Calabria, 8 Luglio 2021

PER IL PRESIDENTE

Il Direttore Rosario

Carnevale, avvocato

Firmato digitalmente da

Rosario Carnevale

O = Consiglio regionale della

Calabria

C = IT