

DELIBERA DL/124/17/CRL/UD del 23 ottobre 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

A. IANNONE / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/318/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 23 ottobre 2017;

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 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

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 A. Iannone del 29 aprile 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

La Sig.ra A. Iannone ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di H3G XXX (ora Wind Tre XXX), l’indebito prelievo dal proprio conto corrente di somme non dovute e la mancata risposta al reclamo inoltrato all’operatore.

In particolare, con istanza e successiva memoria depositata, rappresentava che:

- aveva sottoscritto un piano di abbonamento “Top 400” comprensivo di un telefono I Phone le cui rate di finanziamento erano state tutte regolarmente pagate per l’intero periodo del contratto e, precisamente, dal mese di agosto 2012 fino al mese di gennaio 2015;

- alla scadenza contrattuale manifestava la volontà di voler recedere dal rapporto contrattuale e, nonostante ciò, il gestore ha iniziato a prelevare dal proprio conto corrente la somma bimestrale di circa € 70,00;
- nel mese di dicembre 2015, dopo innumerevoli segnalazione al call center del gestore, inoltrava tramite il proprio legale formale atto di diffida a prelevare ulteriori somme, con contestuale richiesta di restituzione delle somme indebitamente prelevate fino a tale data;
- non avendo ricevuto alcun riscontro, esperiva il tentativo di conciliazione presso il Corecom Lazio che si concludeva in data 20.4.2016 con esito negativo.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiedeva:

- la cessazione degli effetti del contratto *de quo*;
- il rimborso delle somme a vario titolo indebitamente percepite dal gestore, oltre gli interessi;
- un indennizzo per i disagi subiti;
- un indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 16.12.2015;
- il rimborso delle spese di procedura.

La somma complessivamente richiesta veniva quantificata in € 1.500,00.

2. La posizione dell'operatore H3G.

Il gestore H3G ha sollevato l'eccezione di inammissibilità dell'istanza per la parte in cui sono state formulate nuove domande rispetto a quelle presentate in prima istanza, nonché l'ulteriore inammissibilità con riferimento alle richieste di cessazione degli effetti del contratto *de quo* e di indennizzo per tutti i disagi patiti.

In particolare rilevava la presenza di domande nuove formulate solo con le memorie e non sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione e, segnatamente: 1) la cessazione del contratto; 2) l'indennizzo per i disagi patiti; 3) l'indennizzo per mancata risposta al reclamo .

Tra queste, integrano ulteriore profilo di inammissibilità ex art.19, comma 4 e 5 della Delibera 173/07/CONS, la domanda di risoluzione contrattuale che implica condanna ad un *facere* escluso dalla norma citata, nonché la domanda di indennizzo per i disagi patiti che, per la chiara natura risarcitoria, e' anch'essa esclusa dalla cognizione dell'organo adito.

Nel merito ha dedotto quanto segue.

- Di aver sempre addebitato le somme pattuite nel contratto sottoscritto e nel pieno rispetto dei costi previsti dal piano tariffario prescelto dall'utente, sia con riferimento al periodo di vincolo contrattuale (30 mesi), sia con riferimento al periodo successivo alla scadenza dello stesso.
- L'utente in data 18.2.2012 sottoscriveva un piano tariffario denominato "Top 400", che comprendeva l'acquisto del terminale iPhone 4S 16 GB, tramite la formula di un finanziamento in 30 mensilità.

- Durante tutto il corso del vincolo contrattuale (con scadenza il 15.1.2015) riconosceva all'utente uno sconto sul canone pari all'importo della rata del terminale pagata dal cliente mensilmente alla società Compass (€ 21,00).
- Come previsto dalle condizioni generali di contratto, terminata la rateizzazione del cellulare sono stati fatturati i canoni per l'intero senza alcuno sconto e quindi, l'aumento dei costi successivi al pagamento dell'ultima rata del terminale, era imputabile al mancato beneficio della scontistica prevista soltanto per i primi trenta mesi di validità dell'offerta.

H3G concludeva nel ribadire la correttezza del proprio operato e chiedeva pertanto il rigetto di tutte le richieste avanzate dall'utente.

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 i disagi subiti è inammissibile ai fini del presente disamina.

Anche la domanda di cessazione degli effetti del contratto stipulato tra le parti è da dichiararsi inammissibile perché diretta ad ottenere una statuizione modificativa dello stato di fatto e di diritto che esula dal contenuto vincolato della pronuncia di definizione ai sensi dell'art.19, comma 4 cit.

Deve essere infine dichiarata inammissibile la richiesta di indennizzo per mancata risposta al reclamo del 16.12.2015 poiché la stessa non è stata avanzata in sede di conciliazione,- tantomeno nell'istanza di definizione-, eludendo pertanto il vincolo del doppio grado di giudizio.

Al netto di tali domande, l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

L'istante lamenta l'ingiustificato prelievo di somme dal proprio conto corrente, nonostante la volontà di interrompere il rapporto con il gestore.

Ai fini della disamina della questione dedotta in giudizio, ovvero di stabilire eventuali difformità tra il contratto sottoscritto dall'utente e le dedotte somme indebitamente percepite dal gestore, è necessario quantomeno avere evidenza della documentazione da cui è sorta l'obbligazione contrattuale, nonché della documentazione contabile per l'eventuale storno e restituzione delle somme indebitamente percepite.

Al riguardo, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che

agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Pertanto, alla luce della richiamata giurisprudenza, l'onere probatorio sulla esistenza e sul contenuto della fonte negoziale della propria pretesa grava sull'utente che, tuttavia, non lo ha assolto. Ma viepiù l'utente chiede la restituzione di somme indebitamente percepite, tra l'altro in un arco temporale molto ampio (fin dal mese di gennaio 2015) e per cui ha inviato formale reclamo soltanto nel mese di dicembre 2015, senza dettagliare gli importi di cui pretende in questa sede la restituzione e senza fornire alcuna prova dell'effettivo esborso, ne' depositando le fatture relative. Anche l'asserita manifestazione della volontà di voler interrompere il rapporto contrattuale, decorsi i 30 mesi di durata iniziale dell'offerta, non è comprovata da alcuna comunicazione di disdetta recapitata al gestore.

E comunque da un'analisi della copiosa documentazione versata in atti da H3G (p.d.c., c.g.c, fatture emesse dal mese di luglio 2012 al mese di gennaio 2016) si evince la correttezza dell'operato del gestore nell'applicazione di quanto pattuito in sede contrattuale per le prime 30 mensilità e per il successivo periodo. In particolare, come previsto dalle c.g.c., è stato correttamente applicato lo sconto sul canone di abbonamento, pari al valore della rata del terminale, fino al penultimo mese della durata del vincolo iniziale (fattura n. 1531485371 del 08.1.2015) ed addebitato il canone per intero a decorrere dalla successiva fattura n. 1533630173 del 8.3.2015, in assenza di richiesta dell'utente di voler recedere dal contratto.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la domanda non è accoglibile.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

- 1.** Rigetta l'istanza della Sig.ra A. Iannone nei confronti di Wind Tre XXX, con compensazione tra le parti delle spese di procedura.
- 2.** 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 sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, lì 23/10/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto