

DELIBERA DL/052/18/CRL/UD del 31 maggio 2018

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

M. CERRI / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/115/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 31 maggio 2018;

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 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 M. Cerri presentata in data 12.02.2016 nei confronti dell’allora H3G XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante introduceva il presente contenzioso nei confronti dell’allora H3G XXX (ora Wind Tre XXX e da ora in poi solo “Tre”), lamentando la decurtazione a fine giugno 2015 del credito residuo per un importo di € 5.800,00 dalla Sim a lui intestata (XXXXXX6065), accumulato nel periodo 2006 -2008 con l’adesione nel 2006 ad un’offerta particolarmente vantaggiosa, la SuperTuaPiù, che prevedeva una autoricarica di 10 centesimi/al minuto per ogni chiamata/sms ricevuta/o.

Chiedeva pertanto al gestore la restituzione del credito indebitamente sottratto.

2. La posizione dell'operatore

Con memoria difensiva, l'operatore eccepiva quanto rappresentato dall'utente in merito ai fatti contestati, precisando che l'utente in data 8.2.2006 aveva attivato un piano tariffario SuperTua Più (dal 2007 SuperTua2007) ed aveva accumulato un credito "bonus" da autoricarica attraverso il meccanismo dell'autoricarica in funzione del traffico effettuato e ricevuto.

Confermava inoltre l'assoluta correttezza del proprio operato, avendo preavvisato l'utente della messa in scadenza del credito derivante da autoricarica ben oltre i 12 mesi prima della data di messa in scadenza. In particolare con sms del 8.4.2014 lo aveva informato della scadenza in data 30.6.2015 del credito residuo da autoricarica maturato fino al 31.12.2013.

Precisava inoltre che il termine di consumo del credito era stato calcolato in conformità alle recenti pronunce giurisprudenziali (tra cui, l'ordinanza Tar Lazio n.1623/2013) nonché agli innumerevoli provvedimenti adottati dall'Agcom e dai Corecom regionali in materia di controversie sul consumo del credito maturato.

Da ultimo evidenziava che il cliente dalla data di attivazione (8.2.2006) aveva acquistato ricariche solo per un importo di € 80,00 e che i restanti importi erano frutto di autoricariche maturate sulla base del piano sottoscritto e, quindi, regolarmente decurtate.

3. Motivazione della decisione.

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

3.1 Sulla decurtazione del credito

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.

Nel caso in esame, l'utente non ha assolto al proprio onere probatorio, di cui alla richiamata giurisprudenza, di depositare il contratto sottoscritto con Tre atto a dimostrare un rapporto pattizio

tra le parti e, nello specifico, dell'adesione all'offerta SuperTuaPiù, che prevedeva la maturazione di un credito da autoricarica attraverso chiamate e messaggi ricevuti.

Tuttavia il gestore ha colmato tale lacuna probatoria, mediante deposito della Convenzione sottoscritta tra le parti il 8.2.2006 prevista per i dipendenti del gestore medesimo, con ivi indicato il piano tariffario SuperTuaPiù, nonché ha riconosciuto la circostanza di aver decurtato dalla Sim del cliente il credito generato da bonus da autoricarica posto in scadenza alla data del 30.6.2015.

In ordine alla legittimità dell'operazione di messa a scadenza del credito promozionale maturato in base al piano tariffario SuperTuaPiù, si rileva che il gestore ha operato conformemente all'ormai consolidato orientamento dell'Agcom e dei Corecom delegati (ex multis Delibere Agcom nn. 35/14, 59/14/CIR e 614/16/CIR, Del Corecom Friuli Venezia Giulia n.14/2014 e Del. Corecom Emilia Romagna n.47/15) che hanno recepito quanto disposto dal Tar Lazio, con l'ordinanza n.1623/2013 passata in giudicato, con la quale, - in occasione di una analoga fattispecie inerente l'operazione di messa a scadenza del credito maturato a titolo di autoricarica da parte dell'operatore - il giudice di legittimità, ha ritenuto congruo il termine di 12 mesi per l'utilizzo da parte dell'utenza del credito maturato a tale titolo, confermando quale unica possibilità di utilizzo quella del "consumo" ed escludendone pertanto la monetizzazione in qualsiasi forma.

Al riguardo il gestore ha depositato in atti apposita schermata di sistema da cui si evince l'invio all'utente di un sms dell'8.4.2014 di avviso sulla scadenza in data 30.6.2015 del credito residuo da autoricarica maturato sino al 31.12.2013 e, quindi, la condotta di Tre risulta conforme ai termini di cui alla giurisprudenza richiamata. La circostanza del ricevimento di tale comunicazione non è stata contestata dall'utente.

Quanto agli importi oggetto di decurtazione, dal print storico delle ricariche effettuate sulla sim in questione dalla data di attivazione (8.2.2006) sino alla predetta data del 31.12.2013, prodotte dal gestore, si evince che il cliente in tale periodo aveva effettivamente acquistato tramite ricariche un credito pari a € 80,00 e che la restante parte del credito, oggetto di scadenza alla data del 30.6.2015, era stata generata da autoricarica in virtù del piano tariffario sottoscritto. Pertanto quest'ultima tipologia di credito maturata dall'utente ben poteva essere decurtata dal gestore, avendo quest'ultimo preavvisato l'utente stesso della data ultima per il suo utilizzo nel rispetto del termine di 12 mesi.

Stante quanto sopra, la richiesta dell'istante di restituzione del credito residuo per un importo di € 5.800,00 non può essere accolta.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza del sig. M. Cerri nei confronti della 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, 31/05/2018

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto