

DELIBERA DL/191/15/CRL/UD del 23 novembre 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx STANISCI PAPANDREA / WIND TELECOMUNICAZIONI xxx

(LAZIO/D/437/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

Nella Riunione del 23 novembre 2015;

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 del 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 xxx Stanisci Papandrea presentata in data 22.5.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

Lo xxx Stanisci-Papandrea, all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento affermando di aver aderito, in data 13 dicembre 2012, a due proposte contrattuali Wind per due utenze affari mobili nn. 392*****37 e 388*****33

Detti contratti prevedevano:

- per l’utenza 392*****37, la portabilità del numero da H3G e l’attivazione del piano tariffario ricaricabile denominato *“noi tutti”* che prevedeva l’utilizzo di 120 minuti/mese verso tutti gli operatori al costo di € 5,00 al mese;

- per l’utenza 388*****33, l’attivazione di una nuova utenza e l’attivazione del piano tariffario in abbonamento *“Full Edition All Inclusive Smart 400”* che prevedeva l’utilizzo di 400 minuti/mese e 400 sms/mese verso tutti gli operatori, incluso telefono, al costo di € 18,00 al mese.

Al riguardo l'Istante afferma:

- che il Gestore ha operato una inversione dei piani tariffari sulle due utenze;
- di aver subito il ritardo della portabilità del numero 392*****37 da H3G, conclusasi solo in data 20 marzo 2013;
- di avere inoltrato due reclami scritti in data 17 luglio 2013 ai quali non ha ricevuto risposta;
- che gli importi fatturati non corrispondono a quanto pattuito.

In sede di replica alla memoria depositata dal Gestore, l'Utente ne ha eccepito l'inammissibilità per tardività dell'invio avvenuto oltre il termine perentorio stabilito nella nota di avvio del procedimento.

L'Utente, pertanto, richiede:

- indennizzo per il ritardo della portabilità del numero 392*****37 dal 14 dicembre 2012 al 20 marzo 2013 per € 480,00;
- indennizzo per l'attivazione del profilo tariffario non richiesto sul numero 392*****37 dal 13 dicembre 2012 al 21 maggio 2014 (data di deposito dell'istanza di definizione) per € 1.048,00;
- indennizzo per mancata risposta al reclamo sul numero 392*****37 nella misura massima di € 300,00;
- indennizzo per l'attivazione del profilo tariffario non richiesto sul numero 388*****33 dal 13 dicembre 2012 al 21 maggio 2014 (data di deposito dell'istanza di definizione) per € 1.048,00;
- indennizzo per mancata risposta al reclamo sul numero 388*****33 nella misura massima di € 300,00;
- il ricalcolo degli importi fatturati;

2. La posizione del gestore

Con memoria tempestiva Wind ha dedotto di aver attivato sull'utenza 392*****37 l'opzione "Noi Tutti Unlimited" e sull'utenza 388*****33, il piano tariffario da listino "All Inclusive Smart" con opzione telefono incluso.

Che l'utente ha reclamato al Call Center, in data 19.8.2013, l'errata applicazione di quanto stabilito nel contratto e di averlo informato, in quell'occasione, della necessità di recarsi da un rivenditore per effettuare il cambio di classe delle sim mettendolo quindi, in condizione di risolvere la questione.

Di tale informazione è inoltre stato reso edotto nel corso di altro reclamo telefonico del 13.11.2013 e nel corso dell'udienza di conciliazione del 4.4.2014.

Riteneva inconsistenti le doglianze dell'Istante in quanto generiche, e che per tali motivi non aveva potuto effettuare le adeguate verifiche non essendo chiara la motivazione dallo stesso fornita.

3. Motivi della decisione

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Quanto all'eccezione di tardività della memoria del gestore, la stessa è infondata e va rigettata. L'operatore infatti, come l'utente, ha ricevuto la nota di avvio del procedimento a mezzo lettera Raccomandata A/R ricevuta in data 5 settembre 2014 ed ha depositato la propria memoria in data 6 ottobre 2014: il deposito risulta, pertanto, tempestivo in quanto effettuato il primo giorno feriale successivo al termine di trenta giorni fissato con nota di avvio del procedimento e scaduto domenica 5 ottobre 2014.

La memoria risulta, pertanto, ammissibile.

Devono invece essere dichiarate inammissibili le domande svolte dall'utente solo con memoria difensiva relativamente al ritardo nella portabilità di un'utenza ed alla mancata risposta ai reclami, in quanto non sottoposte all'obbligatorio tentativo di conciliazione, in violazione del principio del doppio grado di giudizio.

Sull'applicazione di piani tariffari non richiesti

La domanda è infondata e va rigettata.

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 più recentemente 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.

Nel caso in esame spettava dunque all'utente fornire la prova della fonte negoziale (ovvero i contratti) sulla quale si fonda la propria pretesa all'esecuzione di quanto pattuito (ovvero, all'applicazione dei piani tariffari così come dedotti) .

Tale elemento probatorio peraltro è stato espressamente richiesto all'utente dal Corecom, con la nota di avvio del procedimento, cui non è seguita alcuna allegazione da parte istante. Né d'altro canto l'utente ha replicato di non aver ricevuto i contratti e/o di averli stipulati mediante qualche tecnica a distanza.

Così come non sono state prodotte le fatture delle quali ha richiesto il ricalcolo/rimborso delle somme non dovute, pure esse espressamente richieste in fase istruttoria, le quali avrebbero potuto fornire indicazione sui piani effettivamente applicati dal gestore, oltre a documentare gli esborsi oggetto di contestazione.

4. Sulle spese di procedura.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce, inoltre, che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerata la soccombenza, appare equo disporre la compensazione delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza avanzata dallo xxx Stanisci Papandrea nei confronti della società Wind Telecomunicazioni xxx.
2. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
3. 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, 23 novembre 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto