

DETERMINA 1 Fascicolo n. GU14/527228/2022**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX GIANMARCO - Wind Tre (Very Mobile)****IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/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”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, “Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni - Corecom” e succ. modif. e int.;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Co.Re.Com Calabria in data 19/21 dicembre 2017;

VISTA la Delibera n. 358/22/CONS del 12 ottobre 2022, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi”, articolo 20 (Decisione della controversia), comma 7: “La definizione delle controversie di modesta entità, che hanno a oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 euro alla data di presentazione della domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Responsabile della struttura(...)”;

VISTA l’istanza dell’utente XXX GIANMARCO, del 24/05/2022 acquisita con protocollo n. 0167389 del 24/05/2022

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L’istante rappresenta: “Quando è stato stipulato il contratto a voce con chiamata registrata in entrambi i casi è stato previsto un pagamento di €20 mensili con modem gratuito incluso nell’offerta. Mentre le bollette recapitate sono sempre di cifra superiore con chiara violazione contrattuale che consentono sia la risoluzione

che il risarcimento per inadempimento contrattuale.”. Tanto argomentato ha domandato: “risoluzione dei contratti in essere senza costi, restituzione somme indebitamente percepite, indennita' per mancato rispetto contrattuale e risarcimento dei danni collegati all'inadempimento”.

In via preliminare la resistente eccepisce l'improcedibilità della presente istanza sulla base del principio giuridico del “ne bis in idem” e ai sensi dell'art. 6, comma 4, e dell'art. 14, comma 1, del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera Agcom n. 203/18/CONS s.m.i. Ciò in quanto prima del verbale di mancato accordo del 13 maggio 2022 relativo all'UG/517502/2022, che ha comportato l'avvio del presente procedimento di definizione, in data 20 marzo 2022 era stato presentato il procedimento UG/510343/2022 per il medesimo petitum, conclusosi in data 13 aprile 2022 con archiviazione per mancata comparizione dell'istante. La mancata partecipazione alla procedura di conciliazione preclude la possibilità di richiedere la definizione della controversia ex art 14, comma 1, del Regolamento e tale previsione non può essere sanata dalla presentazione di un'ulteriore istanza, in quanto improcedibile ex art. 6, comma 4, come rilevabile anche d'ufficio. Eccepisce altresì l'inammissibilità della richiesta di risarcimento danni in quanto esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento in materia di cui alla delibera Agcom n. 203/18/CONS s.m.i., è chiamata a verificare la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento, condannando l'operatore solo ad effettuare rimborsi di somme non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti da contratto, dalla carta dei servizi o da delibere dell'autorità. La resistente argomenta che dalle verifiche effettuate è emerso che: “in data 30 luglio 2019 l'istante chiedeva l'attivazione della numerazione 098432XXX con piano tariffario Internet 100, che prevedeva un canone mensile di euro 20,99/mese e modem in vendita in 48 rate mensili di euro 5,99 cadauna (Allegato 1). In data 31 luglio 2019 veniva inviata mail di riepilogo dell'offerta e in data 20 agosto 2019 si perfezionava l'attivazione della linea 098432XXX presso la sede di via XX n. XX Cosenza (Allegato 2). In data 26 settembre 2020 l'istante chiedeva l'attivazione di una nuova linea con numerazione 09841814XXX avente piano tariffario Super Fibra, che prevedeva un canone mensile di euro 28,98/mese comprensivo del costo del modem (rata di euro 5,99 per 48 mensilità) (Allegati 3 - 4). Veniva inviata mail di riepilogo dell'offerta e in data 03 ottobre 2020 la linea 09841814XXX veniva attivata presso la sede di Piazza XXXX num. XXX Cosenza. In data 10 febbraio 2022 l'istante chiedeva copia delle registrazioni vocali, che venivano inviate in data 11 febbraio 2022”. Nel merito in ordine alle difformità contrattuali lamentate dall'istante, eccepisce che il canone mensile concordato non era di euro 20,00 per nessuna delle due linee di cui egli risulta intestatario, secondo quanto si evince dalle registrazioni vocali, contrariamente a quanto da lui affermato. In particolare evidenzia che “Per l'utenza 098432XXX ha richiesto infatti il piano tariffario Internet 100 che prevedeva un canone di euro 20,99/mese e modem in vendita rateizzata da corrispondersi in 48 rate mensili di euro 5,99 cadauna. Per la linea 09841814XXX ha invece richiesto il piano tariffario Super Fibra, che prevedeva un canone mensile di euro 28,98/mese comprensivo del costo del modem (rata di euro 5,99 per 48 mensilità)”. Rileva a tale proposito che i canoni sono conformi alle C.G.A. e i costi sono stati correttamente addebitati nei conti telefonici, così come dimostra la documentazione prodotta agli atti. Di contro l'istante non ha fornito alcuna prova a supporto del proprio asserto, contravvenendo al principio dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. a norma del quale chiunque voglia far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Evidenzia inoltre che dalla documentazione in atti non appare l'esistenza di reclami scritti nei termini e con le modalità indicate dalle C.G.A. citando, in proposito, una pronuncia del Corecom Puglia (Delibera n. 22/2017) che ha rigettato la richiesta di storno della posizione debitoria in assenza di reclamo da parte dell'istante. Sottolinea altresì che a fronte di una presunta fatturazione indebita, come nel caso di specie, in capo all'istante sussiste unicamente la possibilità di richiedere lo storno degli importi fatturati ma non dovuti e non un indennizzo per attivazione di un profilo tariffario non richiesto, poiché la tariffa applicata è quella accettata dall'utente, richiamando al riguardo la Delibera Agcom n. 93/17/CONS. Rappresenta infine che non vi può essere risoluzione del contratto in esenzione spese, laddove non venga fatta richiesta di cessazione dei servizi con le modalità indicate nelle C.G.A. Da ultimo rappresenta che sussiste a carico dell'istante un insoluto pari ad euro 279,75. Per tali motivi ha concluso, domandando il rigetto di tutte le domande proposte dall'istante, perché infondate sia in fatto sia in diritto. Successivamente, l'istante ha allegato, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2, del nuovo Regolamento di procedura di cui alla Delibera n. 203/18/CONS e successive modifiche ed integrazioni, documentazione probatoria al fine di controdedurre a quanto asserito dalla società resistente, producendo le fatture di importo superiore a quanto contrattualmente previsto.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le domande della parte istante sono accolte parzialmente nei limiti di seguito indicati. In via preliminare occorre rilevare la parziale inammissibilità dell'istanza in quanto la presente controversia risulta una riproposizione di quella già incardinata il 20 marzo 2022 presso questo Corecom al n. UG/510343/2022 per il medesimo petitum, conclusosi con verbale di archiviazione del 13 aprile 2022 per mancata comparizione dell'istante ai sensi dell'art. 12, comma 4bis, del Regolamento. L'art. 6, comma 4, dispone che "Il tentativo di conciliazione non è proponibile se, per la medesima controversia, è già stato esperito un tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 3, comma 2, ovvero dinanzi a un organismo ADR ai sensi dell'articolo 2, comma 1-bis, fatti salvi i casi in cui l'esperimento del tentativo di conciliazione sia stato disposto dall'Autorità giudiziaria", mentre l'art. 14, comma 1-bis, della Delibera n. 203/2018/CONS e successive mod. e integr., prevede che la parte che, avendo presentato istanza di conciliazione, non ha partecipato alla relativa procedura non può chiedere la definizione della controversia fatta salva la possibilità di far valere in giudizio le proprie ragioni. Orbene da un esame approfondito dei fascicoli d'ufficio facenti capo all'istante, è emersa l'esistenza di una procedura conciliativa, conclusa con provvedimento di archiviazione, avente medesimo oggetto e richieste di quella posta a base della presente istanza di definizione. L'istante ha poi presentato nuova istanza di conciliazione, UG n. 517502/2022, analoga a quella già archiviata per mancata comparizione dell'utente nonostante la regolare convocazione, cui è stato dato seguito dall'Ufficio, atteso che la stessa riguarda anche un'ulteriore numerazione (utenza n. 098432XXX) di cui l'istante è intestatario, che non ha formato oggetto della precedente procedura conciliativa. Il procedimento di definizione deve dunque ritenersi validamente instaurato atteso che lo stesso ha ad oggetto le fatture contestate relative alla numerazione 098432XXX che non sono state oggetto del precedente tentativo di conciliazione, mentre per l'utenza n. 09841814XXX possono essere prese in considerazione solo le fatture emesse successivamente alla data di archiviazione della procedura conciliativa UG n. 517502/2022. L'istanza deve infatti ritenersi inammissibile per violazione del principio del ne bis in idem per quanto riguarda le richieste di rimborso di somme indebitamente percepite dall'operatore relative alla numerazione già oggetto della precedente procedura di conciliazione (utenza n. 09841814XXX), ad eccezione di quelle addebitate nelle fatture emesse dopo l'archiviazione del suddetto procedimento. Inoltre, sempre preliminarmente, si rigetta la richiesta di risarcimento danni in quanto esula dalle competenze dell'Autorità, la quale, in sede di definizione delle controversie, si deve attenere ai soli poteri riconosciuti dall'art. 20 del Regolamento in materia e di cui alla delibera Agcom n. 203/18/CONS s.m.i., ed è chiamata a verificare la sussistenza del fatto obiettivo dell'inadempimento condannando l'operatore solo ad effettuare rimborsi di somme non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti da contratto, dalla carta dei servizi o da delibere dell'autorità. Le richieste di risarcimento dei danni, tuttavia, possono essere interpretate come richieste di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, qualora se ne ravvisino i presupposti, a prescindere dal nomen juris indicato dall'istante, come statuito "dal paragrafo III.1.3 delle - Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", di cui alla delibera n. 276/13/CONS. Nel merito l'istante ha contestato l'applicazione di costi difforni da quelli pattuiti, in relazione alle due utenze di cui è intestatario. Dall'esame della documentazione in atti e in particolare delle registrazioni vocali emerge che per quanto riguarda l'utenza n. 09841814XXX l'istante ha aderito all'offerta Super Fibra al costo di € 28,99 al mese, secondo quanto si evince anche dalla mail riepilogativa dell'offerta inviata il 26 settembre 2020 che non ha contestato di aver ricevuto. Le fatture depositate agli atti, di cui possono essere prese in considerazione solo le fatture n. W2210354XXX e n. W2213978XXX per le motivazioni sopra espresse, riportano in relazione alla suddetta numerazione un costo di abbonamento mensile pari ad € 22,98 oltre al costo del modem di € 5,99 al mese per un totale di € 28,98, pertanto i costi applicati risultano conformi alle condizioni contrattuali pattuite. Per quanto riguarda invece la numerazione 098432XXX, dall'ascolto del vocal order in atti si evince che l'istante ha aderito all'offerta Internet 100 al costo di € 20,99, che viene riportato anche nella mail riepilogativa dell'offerta inviata all'istante il 31 luglio 2019 dove viene evidenziato che l'offerta è in promozione esclusiva al prezzo di € 20,99. Dal raffronto con le fatture allegate in atti, in relazione alla suddetta utenza emerge che all'istante invece è stato addebitato un costo complessivo di € 26,97 al mese, ovvero € 22,98 a titolo di canone mensile ed € 5,99 € per il router. Pertanto l'operatore in relazione alla linea n. 098432XXX non ha assolto all'onere probatorio in merito alla correttezza della fatturazione in forza del consolidato principio sull'onere della prova più volte richiamato dall'Autorità (cfr. Sentenza SS.UU. della Corte di Cassazione del 30 ottobre 2001 n. 13533) secondo cui l'utente ha l'onere di dedurre l'esistenza del contratto tra le parti ed il suo contenuto, gravando invece sull'operatore l'onere di fornire la prova del proprio esatto adempimento pena, in difetto, l'accoglimento

delle pretese dell'istante (Agcom, delibere. nn. 145/15/CIR, 35/16/CIR, 123/16/CIR). Invero secondo tale principio nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sull'operatore, l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento e che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile, ex art. 1218 c.c., ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta dei Servizi. Nel caso di specie la società resistente non ha fornito prova di aver rispettato le condizioni contrattuali pattuite, con conseguente obbligo da parte sua di regolarizzare la posizione amministrativa e contabile inerente l'utenza telefonica numero 098432XXX dalla data di sottoscrizione del contratto mediante storno e/o rimborso delle somme in eccesso contabilizzate sino alla data del provvedimento. In merito alla richiesta di risoluzione dei contratti in essere senza costi va premesso, in linea generale, che secondo il costante orientamento espresso dall'Autorità "Gli utenti hanno diritto all'attivazione dell'offerta per come descritta al momento della conclusione del contratto ovvero, ove le condizioni promesse non fossero quelle effettivamente offerte, l'utente ha diritto al recesso senza penali, nonché, in ogni caso, alla restituzione della eventuale differenza tra gli importi addebitati e quelli risultanti dall'applicazione delle condizioni pattuite (cfr. art. 4 della Delibera AGCOM 179/03/CSP e Delibera AGCOM 20/08/CIR)". Pertanto accertata la difformità tra le condizioni pattuite e quelle applicate, deve essere riconosciuta la responsabilità della società resistente con conseguente diritto dell'istante alla risoluzione dei contratti a lui intestati in esenzione spese, come da questi già richiesto a mezzo PEC del 25 gennaio 2022, che non può tuttavia ritenersi valida atteso che non è stata fornita la prova di accettazione e di avvenuta consegna della missiva. Non può invece essere riconosciuto alcun indennizzo in favore dell'istante, in quanto dall'istruttoria è emerso che il caso di specie riguarda una fatturazione non conforme a quanto pattuito e non anche l'attivazione di un profilo tariffario diverso da quello sottoscritto, pertanto la fattispecie esula da quella prevista dall'art. 9, comma 2 del regolamento indennizzi di cui all'allegato A della delibera Agcom 73/11/CONS s.m. e i.. Invero secondo l'orientamento consolidato dell'Autorità, a fronte della fatturazione indebita, l'utente ha il diritto ad ottenere lo storno/rimborso di quanto illegittimamente contabilizzato, ma non un autonomo indennizzo (ex multis, Delibere Agcom n. 93/17/CONS, n. 16/16/CIR e n.20/16/CIR).

DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 24/05/2022, è tenuta a regolarizzare la posizione amministrativa e contabile inerente l'utenza telefonica numero 098432XXX dalla data di sottoscrizione del contratto sino alla data del provvedimento, mediante storno e/o rimborso delle somme in eccesso contabilizzate, nonché a provvedere alla risoluzione dei contratti relativi alle utenze n. 098432XXX e 09841814XXX in esenzione spese.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura
Maurizio Priolo