

## **DETERMINA DIRETTORIALE Fascicolo n. GU14/124070/2019**

### **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Apparuti - Wind Tre (Very Mobile)**

#### **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. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, 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”, di seguito Regolamento Indennizzi;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re. Com.)”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l’Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 16/05/2019 acquisita con protocollo N. 0211990 del 16/05/2019

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell’istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento è risultato che:

A seguito del procedimento di conciliazione concluso con verbale di mancato accordo del 16.05.2019, l’utente ha presentato istanza di definizione come indicato in premessa, contestando a Wind Tre (Very mobile) (di seguito Wind) l’emissione da maggio 2018 a novembre 2018 di fatture di importo superiore rispetto all’importo di euro 39,99 che avrebbe dovuto addebitare. In base a tali premesse, l’istante ha richiesto il rimborso di euro 15,00 corrispondente alle somme fatturate in eccedenza rispetto all’importo mensile di euro 39,99 nel periodo maggio-novembre 2018 oltre al rimborso/indennizzo delle spese legali.

Wind, con propria memoria difensiva, in via preliminare, ha eccepito l’inammissibilità della richiesta di “rimborso/indennizzo spese legali” richiamando l’art. 20.6 del Regolamento di procedura e sottolineando l’assoluta gratuità e l’agevole accessibilità della procedura attraverso la piattaforma Conciliaweb. L’operatore riscontra anche nel merito l’infondatezza dell’istanza. Rappresenta di avere confermato la correttezza delle fatture contestate - n. W1808192081 del 05/05/2018; n. W1811606978 del 05/07/2018; n. W1815030634 del 05/09/2018; n. W1818497242 del 05/11/2018 - tramite e-mail inviata all’istante in data 27/11/2018. Evidenzia che con precedente fattura n. W1804741242 del aveva debitamente comunicato al Cliente la variazione relativa alla fatturazione su base mensile a partire dal 05/4/2018 (a 30 gg) nonché l’aumento del 8,6% dell’importo di ciascun canone, eccependo che l’utente, qualora le nuove condizioni fossero risultate non più rispondenti alle proprie aspettative ed esigenze, poteva esercitare il diritto di recesso, senza penali o costi di disattivazione, come precisato nella suddetta comunicazione. In tema di repricing delle offerte commerciali, a conferma della correttezza del suo operato, Wind richiama quanto disposto l’art. 70 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (d.lgs 259/03), da Agcom nella delibera n. 111/16/CONS e nell’art. 6 dell’Allegato A alla delibera n. 519/15/CONS nonché all’ 2.4 della Carta Servizi. Replica dell’istante L’istante eccepisce, oltre

all'inammissibilità della memoria dell'operatore per carenza di legittimazione della firmataria, il mancato ricevimento della fattura-comunicazione contenente l'indicazione che da una certa data in poi la fatturazione sarebbe aumentata dell'8,6%. Dichiara, in particolare, di non aver ricevuto la mail con cui Wind asserisce di aver comunicato il suddetto aumento e che di conseguenza non ha potuto contestare quest'ultimo né esercitare il recesso all'uopo previsto ex lege. Sottolinea che, detta comunicazione, stante la sua importanza, sarebbe dovuta essere inviata con modalità tali da renderne certo il ricevimento, ossia con raccomandata a.r. oppure con p.e.c.. L'istante ribadisce dunque l'illegittimità dell'aumento operato unilateralmente dalla controparte con conseguente diritto dell'esponente ad ottenere un ripristino del canone ad € 39,99 a bimestre e la restituzione di tutti gli importi, in eccedenza, medio tempore prelevati da Wind.

Le domande dell'istante possono essere parzialmente accolte. a) La richiesta di cui al punto a) può trovare accoglimento. L'istante lamenta la fatturazione di un importo superiore a quello pattuito contrattualmente, pari ad euro 39,99 bimestrali, richiedendo, in particolare, il rimborso dell'importo complessivo di euro 15,00, corrispondente alle somme addebitate in eccedenza sulle seguenti fatture, che produce agli atti: # fattura W1808192081 del 05.05.2018 di € 43,94; # fattura W1811606978 del 05.07.2018 di € 43,21; # fattura W1815030634 del 05.09.2018 di € 43,21; # fattura W1818497242 del 05.11.2018 di € 44,60. Risulta, altresì, depositata agli atti da parte istante, la pec del 25/11/2018 di reclamo delle fatture medesime all'operatore, sul cui ricevimento quest'ultimo non risulta aver replicato alcunchè. Wind eccepisce che il contestato aumento è avvenuto a seguito della relativa modifica unilaterale delle condizioni contrattuali debitamente comunicata all'istante sulla fattura n. W1804741242 del 05/03/2018, depositata agli atti, aggiungendo che l'utente, qualora le nuove condizioni fossero risultate non più rispondenti alle proprie aspettative ed esigenze, avrebbe potuto esercitare il diritto di recesso, senza penali o costi di disattivazione, come precisato nella suddetta comunicazione. L'istante replica di non avere ricevuto da Wind la fattura contenente la suddetta comunicazione di modifica e di non essere pertanto stato messo nelle condizioni di esercitare i propri diritti. Come Agcom ha costantemente sottolineato (da ultimo delibera n. 192/19/CONS), "la ratio degli obblighi informativi previsti dall'art. 70 del Codice delle Comunicazioni elettroniche consiste nel garantire agli utenti il diritto di ottenere informazioni chiare, complete e trasparenti al fine di poter meglio orientarsi in un mercato fortemente concorrenziale e operare scelte contrattuali consapevoli". In particolare, il comma 4 del suddetto articolo prevede il diritto dell'utente, che non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte dell'operatore, di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione e che le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso. L'Autorità garante ha specificato - all'art. 6 del Regolamento approvato con delibera n. 519/15/CONS e al relativo all'Allegato 1 - le modalità e il contenuto dell'informativa che l'operatore deve rendere ai clienti in caso di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, con l'intento specifico di rendere edotti gli utenti delle concrete variazioni economiche e/o giuridiche dei propri profili tariffari agevolandone il previsto esercizio del diritto di recesso. Si richiama, altresì, la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. ed 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), per cui 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, mentre può limitarsi ad allegare l'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. Nel caso in esame, alla luce della normativa sopra richiamata, incombe sull'operatore l'onere di provare di aver adeguatamente preavvisato l'utente della effettuazione della rimodulazione tariffaria, dei suoi reali contenuti e della possibilità di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni. Tale prova non è stata fornita da Wind che, a fronte della contestazione dell'istante di non aver ricevuto la fattura n. W1804741242 del 05/03/2018, contenente la comunicazione di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali relativa al contestato aumento, si è limitata a produrre agli atti la fattura de quo ma non ha fornito alcuna prova in merito all'invio/ricevimento della medesima da parte dell'istante. Si aggiunge che sulle fatture contestate risulta il pagamento tramite domiciliazione bancaria e che Wind non risulta aver replicato alcunchè in merito all'addebito dell'importo contestato, che, peraltro, risulta aver offerto all'istante, a mero scopo

conciliativo, nell'udienza tenuta in data 03.10.2019 ai sensi del Regolamento di cui all'All. A alla Delibera 203/18/CONS, conclusa con verbale di mancato accordo. Si ritiene, pertanto, che l'operatore sia tenuto a rimborsare all'utente l'importo di euro 15,00, corrispondente alle somme addebitate, sulle fatture contestate, in eccedenza rispetto all'importo mensile di euro 39,99 pattuito contrattualmente. b) Alla luce del Regolamento di procedura e dal Regolamento indennizzi, non si ritiene accoglibile la richiesta di rimborso/indennizzo delle spese legali relative alla procedura in esame.

#### DETERMINA

- Wind Tre (Very Mobile), in parziale accoglimento dell'istanza del 16/05/2019, è tenuta a 1) Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti di Wind Tre (Very mobile) per le motivazioni di cui in premessa. 2) Wind Tre (Very mobile) è tenuta, in favore dell'istante, al rimborso dell'importo di euro 15,00, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, corrispondente alle somme addebitate in eccedenza rispetto all'importo contrattualmente pattuito, pari ad euro 39,99 bimestrali, sulle seguenti fatture: n. W1808192081 del 05.05.2018; n. W1811606978 del 05.07.2018; n. W1815030634 del 05.09.2018, n. W1818497242 del 05.11.2018. 3) Wind Tre (Very mobile) è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento della presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, giusto quanto previsto dall'articolo 19, comma 5, del Regolamento.

Ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del citato Regolamento 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti.

Il direttore  
Rita Filippini