DELIBERA N. 51/13/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
■ VISICCHIO/FASTWEB ■
IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 28.5.2013;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "*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, "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "*Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni*" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1 gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 25 gennaio 2012, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/62/2012, con cui il sig. ■ Visicchio ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Fastweb ■ (di seguito, per brevità, "Fastweb");

VISTA la nota del 2 marzo 2012 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 30 marzo 2012, con la quale Fastweb ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

VISTA la nota del 2 aprile 2012, con la quale l'istante ha presentato la memoria difensiva ed i documenti;

UDITE tutte le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) L'utente ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- L'istante stipulava via internet un contratto con Fastweb per la fornitura del servizio voce e ADSL ad un prezzo molto vantaggioso e con costi di attivazione di Euro 20,00;
- Ricevendo fatture con costi difforni da quelli convenuti, chiedeva spiegazioni ed apprendeva che l'utenza risultava attivata tramite sottoscrizione vocale al call center e non soggetta all'offerta indicata;
- Le richieste al Servizio Clienti di avere copia della sottoscrizione vocale e del contratto cartaceo rimanevano senza esito;
- Con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva l'esibizione del contratto sottoscritto, riservandosi di chiedere danni ed indennizzi all'esito della produzione;
- All'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente insisteva per l'esibizione del contratto. Veniva mostrata all'utente su pc portatile della controparte una proposta di abbonamento del 29/10/2010 sottoscritta, di cui l'utente disconosceva la firma, riservandosi successive azioni. L'operatore evidenziava un insoluto di Euro 293,27 relativo alle fatture 31/5 e 31/7/2011 e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- Con l'istanza di definizione, l'utente reiterava il disconoscimento della firma del contratto, per la quale aveva sporto querela, insistendo nello storno delle fatture insolute e nella ripetizione delle somme pagate. Lamentava l'incompleta portabilità della numerazione, evidenziata dalla doppia fatturazione ricevuta anche dal precedente operatore per periodi identici, ritenendo responsabile Fastweb per il disservizio. Chiedeva pertanto un indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti, ovvero mai pattuiti, di Euro 5,00 die, dal 29 ottobre 2010 (data della presunta vigenza del contratto) al 14 luglio 2011 (data dell'avvenuta migrazione), oltre un indennizzo ex art. 6 Delibera 73/11/CONS per l'incompleta portabilità del numero, contabilmente in carico al vecchio operatore fino al 5 maggio 2011 e l'indennizzo massimo per la mancata risposta ai reclami;
- Con memoria del 30 marzo 2012, l'operatore eccepeva in via preliminare l'incompetenza del Corecom adito in ordine alla questione della presunta falsità dei documenti, ed il conseguente impossibile accertamento in ordine all'esistenza del vincolo contrattuale. Nel merito, evidenziava la contraddittorietà tra il dedotto inesistente rapporto giuridico e le lamentate inadempienze

dell'operatore, che presuppongono l'esistenza di un rapporto giuridico sottostante valido ed efficace, l'operatore precisava che l'utente aveva perfezionato il rapporto contrattuale per fatti concludenti, sottoscrivendo in data 19 novembre 2010 apposito rapporto di predisposizione recante firma conforme a quella risultante dall'istanza di definizione e comunicando il 14 febbraio 2011 di aver effettuato un bonifico di pagamento in favore di Fastweb. Precisava che le fatture ed il contratto erano stati inviati all'indirizzo dell'utente e che il contratto era stato attivato presso la sua residenza. Escludeva poi la propria responsabilità in ordine alla errata migrazione ed alla continuata fatturazione da parte del precedente operatore Wind, evidenziando che l'insoluto dell'istante era relativo ad importi maturati sino al completamento della procedura di migrazione. Concludeva pertanto chiedendo il rigetto delle domande;

- Con memoria del 2 aprile 2012, l'istante contestava la fondatezza dell'eccezione incompetenza del Corecom ed eccepeva la mancata produzione da parte dell'operatore della documentazione probatoria richiesta con la lettera di avvio del procedimento, sia di quella inerente il contratto, sia di quella inerente i reclami telefonici. Concludeva chiedendo dichiararsi l'inesistenza del rapporto contrattuale con l'operatore, il rimborso e lo storno delle fatture ad esso relative e in subordine il ricalcolo dei canoni e costi di abbonamento secondo l'offerta internet allora vigente, con storno dei costi imputati per dismissione servizi. Chiedeva inoltre un indennizzo per attivazione di servizi non richiesti di Euro 254,00 (dal 19 novembre 2010 al 31 luglio 2011), la produzione dei tabulati telefonici con indicazione delle chiamate effettuate al servizio clienti al fine di calcolare l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami, l'applicazione delle sanzioni amministrative per inottemperanza alla Delibera 664/06/CONS o la trasmissione all'AGCOM per i provvedimenti ed il rimborso delle spese di procedura;
- All'udienza di discussione, le parti insistevano nelle reciproche contestazioni.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

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

Fermo restando che non rientra nelle competenze del Corecom adito la questione relativa all'autenticità della sottoscrizione dell'utente, peraltro oggetto di querela e quindi all'esame dell'autorità competente, rientra però nelle competenze del Corecom l'accertamento in ordine all'osservanza delle norme del Codice del Consumo e delle Delibere AGCOM in materia di Contratti a distanza, quale quello oggetto della presente istanza.

Non può invece essere accolta la domanda di applicazione di sanzioni amministrative e di ordine di produzione dei tabulati telefonici, non rientrando nella competenza dell'Autorità adita.

Ciò premesso, già dichiarata inammissibile la domanda di indennizzo in ordine alla migrazione dell'utenza, perché domanda nuova, oggetto della presente definizione sono i presunti inadempimenti dell'operatore in ordine alla stipula e conclusione del contratto, con le conseguenti domande di rimborso e storno di importi eventualmente non dovuti, nonché in ordine alla risposta ai reclami.

2.2. Nel merito.

2.b.1.) La conclusione del contratto ed il mancato invio all'utente del modulo contrattuale cartaceo.

L'utente contesta, nello specifico, l'esistenza del contratto stipulato, a detta del gestore, mediante canale telefonico con il Call Center, cui non è seguito l'invio di una copia contrattuale in formato cartaceo.

A fronte della contestazione dell'utente circa l'esistenza e la valida conclusione di un contratto di telefonia, è onere probatorio dell'operatore telefonico fornire la prova positiva della conclusione del contratto.

La fattispecie rientra nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'art.50 e segg. del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n.664/06/CONS con riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica, conclusi con tale tecnica di comunicazione.

In particolare si tratta di accertare, attesa la contestazione dell'utente, se la dinamica di prospettazione dell'offerta, acquisizione del consenso ed assolvimento degli obblighi informativi conseguenti, abbia integrato i requisiti posti dalla normativa succitata a tutela del contraente debole, in quanto il professionista è onerato da una serie puntuale di obblighi informativi e documentali (artt.52 e 53 del Codice del Consumo) ed il consumatore ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo in un termine stabilito (art.64). Tali regole di protezione tengono conto della peculiarità dello strumento negoziale in esame che si caratterizza per la carenza della presenza fisica simultanea delle parti contraenti, cui corrisponde un'accentuazione della posizione di debolezza del consumatore rispetto alla controparte soprattutto per quel che concerne il profilo informativo, in quanto la "distanza" lo mette nell'impossibilità di prendere visione di quanto gli viene offerto sul piano delle caratteristiche del servizio e del suo costo. Di qui gli adempimenti specifici posti dal legislatore a carico del professionista, ovvero: le informazioni relative al negozio stipulando, da fornire "*prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza*" (art.52); l'obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto duraturo, di tutte le informazioni rese ai sensi dell'art.52 "*prima od al momento dell'esecuzione del contratto*" (art.53); il diritto del consumatore di recedere senza penalità e senza obbligo di motivazione entro dieci giorni lavorativi, decorrenti dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi informativi di cui all'art.52 "*qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto...*"(art.64, co.1 e 65, co.2 ,lett.b). La violazione del dovere di consegna del documento informativo di cui all'art.53, comporta l'ampliamento del termine concesso al consumatore per l'esercizio del recesso che, per i contratti a distanza, è "*di 90 giorni e decorre, per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto*". (art.65, co.3).

Sulla scorta della normativa generale, la Del 664/06/CONS ha imposto vincoli ancora più stringenti alla condotta dell'operatore di TLC che adotti la tecnica "a distanza" per la stipula dei contratti di telefonia (art. 2); ciò in considerazione di un ambito caratterizzato da costante evoluzione tecnologica e concorrenzialità del mercato, dove le capacità di orientamento e valutazione del consumatore sono oltremodo sollecitate e si postula l'esigenza di configurare uno *jus poenitendi* rafforzato e di agevole esercizio.

In particolare, l'art.6, comma 2 della delibera 664/06/CONS prevede che: *“nei procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie relative alla conclusione di un contratto a distanza di fornitura di beni o servizi di comunicazioni elettroniche, l'operatore può fornire prova dell'avvenuta conclusione del contratto solo dimostrando di aver adempiuto gli obblighi di cui all'art.2, commi 5, 6 e 7 (...)”*.

Si osservi quindi come l'impianto complessivo derivante dalle norme del Codice del Consumo e della Del.664/06/CONS distingue il piano puramente contrattuale dove le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento degli obblighi informativi da parte del gestore si ripercuotono all'interno del rapporto stesso con l'ampliamento dei termini per l'esercizio del recesso da 10 a 90 giorni; di conseguenza, l'operatore che attivi il servizio prima (o in assenza) di conferma del contratto per iscritto, -specie nei casi in cui l'attivazione debba avvenire entro termini cogenti stabiliti da altre disposizioni legislative- deve garantire all'utente la facoltà di recedere in un termine più ampio ma con analoghi effetti *ex tunc* previsti dall'originario diritto di ripensamento. Restano ferme le misure sanzionatorie cui l'operatore può andare incontro per il mancato assolvimento dei succitati oneri informativi.

Quando invece si transita dal piano contrattuale a quello contenzioso, mediante attivazione del procedimento ex Delibera 173/07/CONS, con il quale l'utente contesti la valida conclusione di un contratto e l'attivazione conseguente di un servizio e/o di profili tariffari non richiesti, come appunto nel caso in esame, scatta a carico del gestore uno specifico onere probatorio sull'esistenza del contratto, assolvibile esclusivamente con la prova dell'invio della documentazione contrattuale al domicilio dell'utente.

Non avendo Fastweb fornito tale prova, a prescindere dalla autenticità della sottoscrizione della proposta di abbonamento visionata in sede di udienza di conciliazione, oggetto di altro giudizio, deve pertanto dichiararsi non validamente concluso il contratto tra il sig. █████ Visicchio e Fastweb, con gli effetti previsti dall'art. 3, comma 2 della Delibera n. 664/06/CONS, quanto alla regolarizzazione dei rapporti tra le parti.

A questo riguardo si evidenzia che:

- l'utente non ha precisato le condizioni dell'offerta web, cui asserisce aver aderito, nè le stesse sono altrove reperibili;
- l'utente non ha prodotto copia delle fatture pervenutegli, nè la prova del pagamento delle somme delle quali chiede il rimborso;
- l'utente non ha indicato nella fatture prodotte dall'operatore quali importi fossero difforni da quelli dell'offerta, essendosi limitato a dichiarare nella memoria che “in nessuna di esse la tariffazione è quella prevista per l'offerta web”;
- è in atti, fornita dall'operatore, la prova di un pagamento parziale effettuato dall'utente di un importo di Euro 79,88 sulla maggior somma richiesta di Euro 104,88 di cui alla fattura n. █████ del 30 novembre 2010, evidentemente non contestato.

Considerato quanto sopra, le domande dell'utente di rimborso di importi eventualmente pagati e di storno di importi eventualmente non dovuti, così come la domanda di ricalcolo dei canoni e dei costi di abbonamento secondo l'offerta allora vigente, non possono essere accolte.

L'operatore è però tenuto a stornare dall'insoluto esistente qualsivoglia costo eventualmente imputato per ripristino della precedente configurazione, e per attivazione o disattivazione della prestazione non richiesta dall'utente, perchè non dovuto ai sensi dell'art. 3 comma 2 della Delibera n. 664/06/CONS e a ritirare la pratica di recupero crediti, a propria cura e spese.

Quanto all'inadempimento del gestore per aver attivato un profilo tariffario non richiesto dal 19 novembre 2010 al 14 luglio 2011 (data in cui si è perfezionata la migrazione verso altro operatore dichiarata dall'utente nell'istanza e non specificamente contestata dall'operatore), si riconosce all'utente un indennizzo di Euro 237,00, ai sensi dell'art. 8 comma 2 Delibera 73/11/CONS.

2.b.2.) Sulla risposta ai reclami

L'istante lamenta la mancata risposta ai numerosi reclami svolti telefonicamente al Servizio Clienti, e chiede il relativo indennizzo.

Sul punto, nulla viene dedotto dall'operatore.

Pur non avendo l'utente precisato le date e il periodo in cui ha svolto i detti reclami, si evince tuttavia, dalla comunicazione del 14 febbraio 2011 prodotta dall'operatore, che già prima di tale data l'utente si era rivolto al servizio Clienti, chiedendo il ricalcolo dei costi in ordine alle fatture pervenutegli, senza ottenere risposta.

Secondo logica ed equità, dunque, è ragionevole ritenere che il primo reclamo sia stato effettuato dall'utente subito dopo aver ricevuto la prima fattura contenente importi contestati (ed infatti inizialmente non corrisposti), la n. ■■■■ emessa il 30 novembre 2010.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *in forma scritta*, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, la mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una *mancaza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP.

Considerato l'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Del. nn. 32/12/CIR, 97/12/CIR, 101/12/CIR), ai sensi dell'art.11, comma 1 e comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, ritenendo ragionevolmente quale data del primo reclamo il 1 dicembre 2010, detratto il tempo utile alla risposta e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (23 gennaio 2012), si riconosce all'utente un indennizzo di Euro 300,00.

3. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 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, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** ** ***

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dal sig. ■■■ Visicchio nei confronti dell'operatore Fastweb sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 100,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dal sig. ■■■ Visicchio in data 25 gennaio 2012.

La società Fastweb ■■■ è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- a) Euro 237,00 a titolo di indennizzo per l'attivazione di profili tariffari non richiesti, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- b) Euro 300,00, a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami; oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.
- c) Euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura

La società Fastweb ■■■ è inoltre tenuta a stornare dall'insoluto esistente a carico dell'utente qualsivoglia addebito per ripristino della precedente configurazione e per attivazione o

disattivazione della prestazione non richiesta, e a ritirare la pratica di recupero crediti, a propria cura e spese.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 28 maggio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente Responsabile del Procedimento

Livio Sviben

Fto