

Verbale n. 14

Adunanza del 1° luglio 2016

L'anno duemilasedici, il giorno 1 del mese di luglio, alle ore nove in Torino, presso la sede del Corecom, via Lascaris 10, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Tiziana MAGLIONE, Vicepresidente, Ezio ERCOLE, Commissario, e con l'assistenza della Dott.a Alda Mignosi nella funzione di Segretario verbalizzante.

Assente giustificato : Presidente Bruno Geraci

Delibera n. 50 – 2016

Oggetto: Definizione della controversia GU14 – 218/2015 – XXX GOIA / FASTWEB S.p.A. (società a socio unico soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom A.G.).

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'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;*

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;*

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni;*

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

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 Assemblies 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, il Consiglio regionale del

Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte in data 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 73/11/CONS *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'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481*;

VISTA l'istanza GU14 n. 1.11.12.5/218/2015 con cui XXX GOIA ha chiesto l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte (di seguito, Corecom) per la definizione della controversia in essere con FASTWEB S.p.A. (di seguito, FASTWEB) ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota con cui il Corecom, ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE le memorie dell'operatore;

VISTE le repliche di parte istante;

VISTA la nota con la quale le parti sono state convocate per l'udienza di discussione nel quale si è proceduto nuovamente a tentare la conciliazione delle stesse con esito negativo;

VISTI gli atti relativi all'espletato prodromico tentativo obbligatorio di conciliazione;

UDITE le parti nella predetta udienza;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Procedimento;

UDITA la relazione del Vicepresidente avv. Tiziana Maglione;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. Oggetto della controversia

L'istante, nei propri scritti difensivi, rappresenta:

- a) di aver stipulato un contratto con Fastweb avente ad oggetto l'attivazione delle utenze fisse XXX e XXX;
- b) che nel mese di maggio 2014 comunicava all'operatore recesso dal sopracitato contratto per passaggio delle numerazioni a nuovo operatore;

- c) che Fastweb emetteva fattura LA00127223 del 31 luglio 2014 con la quale veniva richiesto il pagamento dell'importo di € 1.470,00 a titolo di "penale per recesso anticipato 17/7/2014";
- d) che detta fattura veniva contestata e che il reclamo non riceveva riscontro;
- e) che con successivo reclamo del 4/9/2014 venivano contestati nuovamente gli illegittimi costi fatturati per recesso anticipato non dovuti ai sensi della l. 40/2007 e l'errata indicazione nelle fatture emesse dall'operatore delle utenze oggetto di contratto XXX e XXX anziché XXX e XXX;
- f) che detto reclamo veniva genericamente riscontrato dall'operatore con comunicazione del 13/10/2014;
- g) in data 20/10/2014 il reclamo veniva rinnovato senza ricevere riscontro;
- h) che il contratto in oggetto non prevedeva obblighi di preavviso per il recesso, ma solo quello di durata pluriennale, risultando pertanto legittimo il recesso anche senza preavviso di 30 giorni ex l. 40/2004;

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

- 1) che venga dichiarato che nulla debba pagare per "penale per recesso anticipato";
- 2) € 5,00 al giorno per tutto il periodo del rapporto contrattuale tra l'esponente e l'operatore per addebito costi e/o servizi non richiesti;
- 3) € 300,00 per mancata risposta al reclamo;
- 4) spese legali.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta:

- che il sig. Goia ha sottoscritto in data 11/12/2013 un contratto Piccole e Medie Imprese con Fastweb in data 11/2/2013, selezionando espressamente l'opzione "Fidelity 36", la quale prevede espressamente la durata vincolata del contratto per 36 mesi;
- che l'importo esposto per recesso anticipato è legittimo e dovuto in quanto previsto da disposizioni contrattuali note all'istante sin dalla sottoscrizione della proposta di abbonamento;
- che comunque non sono applicabili le disposizioni del Codice del consumo e della l. n. 40/2007 non essendo controparte un consumatore e avendo lo stesso sottoscritto un contratto per Piccole e Medie Imprese;
- che la richiesta di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti, oltre che generica, è infondata e pretestuosa;
- che il reclamo inviato in data 4/9/2014 veniva riscontrato da Fastweb con email del 13/10/2014, confermando la correttezza dell'importo addebitato;

- che la mail del 20/10/2014 non è qualificabile come reclamo e peraltro risulta inviata all'indirizzo errato fastwebspa@legalmail.it, il quale non è preposto alla ricezione dei reclami, come specificato alle all'art. 23 delle condizioni generali di contratto;
- che le spese di procedura richieste non sono state né quantificate, né giustificate.

Sulla base di tale rappresentazione, l'operatore chiede che vengano respinte le richieste di parte ricorrente.

L'istante replica affermando che l'operatore non entra nel merito di alcune contestazioni quali la errata indicazione nelle fatture emesse da Fastweb delle utenze oggetto di contratto e rileva che la sottoscrizione delle clausole potenzialmente vessatorie non è mai stata preceduta da una specifica e puntuale trattazione delle medesime, ribadendo che il contratto non prevedeva alcun preavviso ma solo il rispetto della durata pluriennale con conseguente legittimità del recesso anche senza preavviso di 30 giorni. Inoltre, ritiene che la risposta al reclamo fornita da Fastweb sia tautologica.

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

A) Sul rito

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

B) Nel merito

Nel merito le domande dell'istante risultano parzialmente accoglibili per i motivi che seguono.

B.1 In merito ai costi addebitati per recesso anticipato

Con riferimento alla richiesta di storno dei costi per recesso anticipato esposti nella fattura n. LA00127223, è da ritenere che la stessa debba essere accolta.

Come è noto, la legge 40/2007 (di conversione del d.l. 7/2007) ha riconosciuto al consumatore la facoltà di recedere dai contratti per adesione stipulati con operatori di comunicazione elettronica o di trasferire la propria utenza presso altro operatore con il solo obbligo di preavviso e ha stabilito che il recesso o il trasferimento debbano essere garantiti senza ritardi e senza penali. Gli unici importi consentiti sono le spese giustificate dai costi dell'operatore, vale a dire quelle spese per cui sia dimostrabile il costo "pertinente e correlato" sopportato dall'operatore per procedere alla disattivazione o al trasferimento dell'utenza. A questo proposito, Agcom ha avuto modo di precisare che "Dalla semplice lettura del contratto l'utente deve poter conoscere anche le eventuali spese richieste per l'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento, così da essere agevolato nell'esercizio di tali facoltà, potendone valutare le conseguenze sotto ogni profilo. In ogni caso, l'utente non deve versare alcuna "penale", comunque denominata, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze, poiché gli unici importi ammessi in caso di recesso sono quelli "giustificati" da "costi" degli operatori. Nello svolgimento della propria attività, pertanto, la Direzione verificherà che gli operatori pongano a carico degli utenti (ove necessario) esclusivamente le spese per cui sia dimostrabile un pertinente e correlato costo dai primi sopportato per procedere alla disattivazione o al trasferimento". Così si esprime Agcom nelle Linee guida della Direzione tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della medesima legge.

Tutto ciò premesso, va precisato che, sotto il profilo soggettivo, le citate disposizioni della legge 40/2007 – così come interpretate dalla stessa Autorità nelle sopradette Linee guida – trovano senza dubbio applicazione nel caso in esame: in quanto dirette a tutelare gli utenti che, di fatto, non godono di un effettivo potere negoziale, e che si limitano a sottoscrivere clausole predisposte dal contraente forte, tali disposizioni sono applicabili anche agli utenti non residenziali, fatta solo eccezione per la clientela business di grandi dimensioni, per la quale le clausole contrattuali sono negoziate (così ha precisato la Direzione Tutela consumatori dell'Agcom in data 17/07/2008, inserendo il comma 1bis nell'art. 3 delle Linee guida).

Nel caso di specie, successivamente alla migrazione delle utenze intestate a XXX Goia ad altro operatore, Fastweb (che in questa procedura di trasferimento è operatore *donating*) con la fattura n. LA00127223 ha richiesto all'utente il pagamento di € 1.470,00, oltre IVA, a titolo di "Penale recesso anticipato" e non ha provveduto a chiarire le ragioni di tali addebiti o a documentare la corrispondenza dei medesimi ai costi effettivamente sostenuti.

L'istante ritiene erroneamente che la penale gli sia stata applicata per un'assenza di preavviso nel recesso, mentre invece essa è unicamente conseguenza della migrazione avvenuta prima della scadenza della durata contrattuale, di cui peraltro egli è consapevole senza però, a suo dire, avere avuto contezza dei costi di tale recesso anticipato.

Nella propria memoria, Fastweb si è limitata ad affermare che la richiesta del pagamento di tali somme è legittimata da quanto previsto dalla proposta di abbonamento sottoscritta, in particolare laddove è previsto che in caso di recesso anticipato, Fastweb avrà diritto "di ottenere dal cliente un importo pari alla somma degli importi goduti su canoni e contributo di attivazione oltre i costi di attivazione previsti dalle condizioni di contratto", nonché all'art. 19.3 delle c.g.c..

Tuttavia, da tale chiarimento non emerge nulla in merito alla c.d. pertinenza del costo di disattivazione che, secondo l'Autorità, va interpretata "in senso oggettivo ed imparziale, valido per tutti gli operatori e secondo criteri di causalità/strumentalità dei costi/ricavi", valutando come pertinenti "i ricavi e i costi attribuiti alle componenti e/o ai servizi in base all'analisi diretta della loro origine, cioè tenendo conto della causa che ha comportato il conseguimento del ricavo, il sostenimento del costo, l'acquisto di un'attività o l'insorgere di una passività".

Le considerazioni svolte dall'operatore, dunque, non riescono a giustificare l'ammontare delle spese richieste all'utente, in aperta elusione di quanto richiesto dalla normativa vigente.

Anche qualora la controversia in oggetto attenesse alla pratica posta in essere dagli operatori di pretendere il rimborso di sconti di cui l'utente ha usufruito aderendo ad una offerta promozionale dalla quale ha poi deciso di recedere prima del termine minimo contrattualmente previsto (cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. 11/3/2010, n. 1442), difetta la prova dell'applicazione di "tariffe convenienti rispetto alle tariffe standard offerte al cliente comune", ossia del supposto squilibrio contrattuale verificatosi a seguito dell'interruzione anticipata del rapporto, e in particolare dalla perdita dei vantaggi, da parte di Fastweb, correlati alla fedeltà dell'utente, che si era vincolato all'operatore per un tempo determinato a fronte di un'offerta commerciale particolarmente conveniente.

La disciplina generale di cui alla legge 40/2007 si applica quindi nel caso di recesso anticipato dai contratti "a prezzo pieno", ma non ai casi in cui il contratto abbia ad oggetto un'offerta promozionale, per la cui fruizione le parti accettano un periodo minimo di vigenza

del contratto: in tal caso, fermo il diritto del cliente di recedere in qualunque momento dal contratto, si ritiene legittimo un “vincolo economico” nel caso di recesso antecedente il decorso del pattuito periodo minimo, a garanzia del mantenimento dell'equilibrio contrattuale tra le parti. D'altro canto, l'operatore deve indicare nelle condizioni contrattuali, in modo chiaro e trasparente, i costi che l'utente deve sostenere in caso di recesso anticipato da un contratto che preveda offerte promozionali e vincoli di durata, adempimento quest'ultimo che risulta non assolto da parte del gestore

Pertanto, a fronte della mancata specificazione da parte dell'operatore degli oneri effettivamente sostenute nella procedura di migrazione delle utenze intestate a XXX Goia verso altro operatore, nonché dell'effettiva applicazione di eventuali sconti, dell'entità degli stessi e della loro congruenza rispetto a quanto richiesto dall'operatore nel conto soprarichiamato, che non si ricavano né dai documenti prodotti e, in assenza della produzione integrale delle fatture, nemmeno possono essere autonomamente ricavati e verificati dall'Ufficio, va accolta la domanda della parte istante e va di conseguenza disposto lo storno integrale della somma complessiva di € 1.470,00, oltre IVA addebitata nella fattura sopradetta a titolo di recesso anticipato.

B.2 Sulla richiesta di indennizzo per addebito costi e/o servizi non richiesti

Dalla ricostruzione dei fatti dell'istante non emerge in modo chiaro a cosa si riferisca la richiesta di indennizzo per costi e/o servizi non richiesti e solo in sede di udienza di discussione viene chiarito che la domanda è relativa alla indicazione in fatture di numerazioni diverse da quelle utilizzate. Anche tacendo del fatto che l'assenza di difesa sul punto da parte dell'operatore, sottolineata nelle proprie repliche da parte istante, può essere dipesa dall'oggettiva difficoltà di capire a quale fattispecie di disservizio si volesse riportare l'utente, la domanda non può essere accolta.

Innanzitutto non vi è prova che la circostanza sia stata lamentata all'operatore prima del 4 settembre 2014 (racc. avv.ti Lussana/Bisson, spedita il 18/9/2014 e ricevuta dall'operatore in data 23/9/2014), a recesso ormai avvenuto. E' evidente che, in assenza di segnalazione da parte del cliente, il gestore non può venire a conoscenza del supposto disservizio o di un qualunque altro inconveniente riscontrato dal cliente. Il principio è normalmente applicato e riaffermato da Agcom nelle sue pronunce (cfr., in tal senso 38/12/CIR; 89/15/CIR): in effetti, in presenza di qualsivoglia inconveniente, l'intervento del gestore è doveroso e esigibile solo allorquando venga segnalato da parte del cliente.

Inoltre, nel caso di specie, la fattispecie contestata non è prevista dal Regolamento Indennizzi, né la si ritiene riportabile, in via analogica, all'art. 8 del Regolamento stesso, stante che l'Autorità, nella delibera 73/11/CONS ha posto alla base della liquidazione degli indennizzi l'effettività di un pregiudizio arrecato all'utente che, nel caso di specie, non è ravvisabile.

B.3 Sulla risposta al reclamo

La raccomandata di parte istante soprarichiamata, ricevuta dall'operatore in data 23/9/2014, è stata riscontrata, come ammesso da controparte, con e-mail Fastweb del 13/10/2014.

In essa l'utente lamenta l'addebito della penale per recesso anticipato, l'errata indicazione delle numerazioni in fattura (che, come già visto, essendo stata comunicata per la prima volta all'operatore a recesso avvenuto non può considerarsi un reclamo) e una richiesta di informazioni sulla restituzione degli apparati (anche questa non qualificabile come reclamo).

Il secondo reclamo inviato dall'istante via posta elettronica ha ad oggetto le medesime rimostranze e quindi, a prescindere dall'invio con modalità diverse da quelle previste dalle c.g.a., esso è comunque assorbito dal primo reclamo, ai sensi dell'art. 11, comma del Regolamento Indennizzi secondo cui l'indennizzo è computato in misura unitaria in caso di reclami reiterati o successivi riconducibili al medesimo disservizio.

Ritenuto quindi che l'unico rilievo che può considerarsi un reclamo, secondo quanto previsto dalla delibera 173/09/CONS, sia quello relativo alla penale, occorre rilevare che l'articolo 8, comma 4 della suddetta delibera stabilisce che la risposta al reclamo debba 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.

Quanto sopra, come più volte ribadito dall'Autorità, al 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 questi motivi, la mancata risposta al reclamo, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo".

Nel caso di specie, il riscontro di Fastweb è pervenuto nei termini, ma il tenore dello stesso non consente di ritenerlo rispondente a quanto richiesto dalla normativa citata in ordine all'adeguatezza della motivazione. Esso infatti si limita ad affermare la correttezza dell'addebito senza fornire ulteriori spiegazioni o fornendo motivazioni non conferenti. Ne consegue pertanto il diritto dell'istante a vedersi liquidato l'indennizzo per mancata o ritardata risposta ai reclami, di cui al già citato art. 11 del Regolamento Indennizzi nel quale, al comma 1, è previsto che se l'operatore non fornisce risposta al reclamo nei termini stabiliti dalla carta dei servizi e dalle delibere dell'Autorità, è tenuto a corrispondere al cliente un indennizzo pari ad € 1,00 per ogni giorno di ritardo fino ad un massimo di € 300,00.

Per la quantificazione dello stesso, nel caso di specie, tale somma di indennizzo giornaliero dovrà essere moltiplicata per il numero di giorni intercorrenti tra la data di ricezione del reclamo da parte del gestore (23/9/2014), cui vanno detratti i 45 giorni utili per fornire la risposta, e la data del 12/5/2015, nella quale si è tenuta l'udienza per il tentativo di conciliazione, ove le parti si sono incontrate e l'utente ha avuto modo di interloquire sul suo specifico caso con l'operatore, e così per un totale di giorni 186, che moltiplicati per € 1,00 al giorno danno un totale di € 186,00.

B.3 Sugli interessi legali

Poiché gli indennizzi riconosciuti da questa Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, il requisito dell'equità e, quindi, devono tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura di risoluzione della controversia, l'indennizzo come sopra determinato deve essere maggiorato dell'importo corrispondente agli interessi legali da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo.

C) 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 prevista dall'art. 19,

comma 6 del Regolamento. Inoltre, secondo quanto previsto dalle Linee guida approvate con delibera 276/13/CONS, l'esito della definizione della controversia può essere significativo ai fini della liquidazione delle spese, secondo gli ordinari criteri processuali per cui all'accoglimento integrale delle istanze può far seguito un'integrale copertura delle spese di procedura, mentre dall'accoglimento parziale o dal rigetto delle istanze può invece derivare la loro compensazione parziale o integrale tra le parti.

Nel caso di specie, tenuto conto di quanto sopra affermato, si ritiene congruo liquidare in favore dell'istante la somma di € 100,00 a titolo di spese di procedura.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

per i motivi sopra indicati:

l'accoglimento parziale dell'istanza presentata da XXX GOIA, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. XXX Lussana, in XXX, nei confronti dell'operatore Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, corrente in XXX, il quale operatore è tenuto a:

- **stornare** la somma di € 1.470,00 oltre IVA addebitata nella fattura LA00127223 a titolo di recesso anticipato;
- **corrispondere** in favore dell'istante la somma di € 186,00 a titolo di indennizzo, oltre interessi legali dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo;
- **corrispondere** in favore dell'istante la somma di € 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Respinge la domanda di indennizzo per addebito costi e/o servizi non richiesti di cui al punto 2).

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5 del Regolamento.

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

Il Presidente
Bruno Geraci

Il Commissario relatore
Tiziana Maglione