

DELIBERA DL/010/16/CRL/UD del 08 febbraio 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

xxx NASETTI / FASTWEB xxx

(LAZIO/D/894/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 08 febbraio 2016;

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”;

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 Lazio 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 presentata dal Signor xxx Nasetti dell’11.11.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

Il Signor Nasetti, già cliente Fastweb e Sky, ha introdotto la presente controversia in relazione alla mancata applicazione dell’ offerta “Home pack” .

Nell’istanza di definizione e nelle memorie l’Istante ha lamentato che:

- i. Il giorno 4 ottobre 2012, aderiva all’offerta denominata “Home pack” proposta telefonicamente da Fastweb, che prevedeva l’applicazione del profilo “Super Surf” con canone mensile di € 20,00 per i primi 12 mesi e successivamente di € 35,00, oltre alla possibilità di fruire di un plafond di traffico prepagato;

- ii. la fattura Fastweb n.7342553 del 31/10/2012 riportava quale data di variazione dell'abbonamento il 6.10.2012, salvo incongruità di alcune voci addebitate (1,94 e 12,90);
- iii. tuttavia il contratto Fastweb non veniva mai attivato, nonostante i numerosi reclami telefonici effettuati in data 09/10/2012, 23/10/2012, 08/12/2012, 28/12/2012, 28/01/2013, 14/02/2012, 12/03/2013;
- iv. Fastweb sospendeva l'invio delle fatture dopo il 31/10/2012, mentre continuavano gli addebiti sul RID bancario per importi non compatibili con la nuova offerta sottoscritta;
- v. in data 18.3.2013, poi sollecitato il 3.4.2013, veniva inviato un reclamo via fax per contestare la mancata applicazione della promozione e ottenere il ricalcolo delle fatture, nonché sollecitare il regolare invio delle stesse;
- vi. nel frattempo comunicava la sospensione del RID e, su sollecito di Fastweb, si vedeva costretto comunque a pagare la fattura del 30.4.2013 e a riattivare il sistema di pagamento automatico, al solo fine di beneficiare della promozione;
- vii. perdurando tuttavia l'inadempimento, in data 20/09/2013 l'utente richiedeva a WIND la migrazione da Fastweb;
- viii. Fastweb lo contattava con finalità di retention, ma l'utente rifiutava;
- ix. in data 14 ottobre 2013 WIND informava via SMS che la migrazione non poteva essere conclusa per problemi tecnici indipendenti da Infostrada e il 16.11.2013 Fastweb comunicava, via sms, l'annullamento della migrazione, che apprendeva dal Call Center essere stata imputata alla rinuncia dell'utente;
- x. non essendo possibile né l'applicazione della promozione né la migrazione ad altro gestore, si decideva ad inviare comunicazione di risoluzione contrattuale per inadempimento, ricevuta dal gestore il 27.3.2014;
- xi. in data 27/03/2014 riceveva nota di credito per Euro 55,31, mai rimborsata e il 26/04/2014 la linea veniva cessata;
- xii. paradossalmente, dopo la disdetta, pervenivano le prime fatture Sky & Fastweb "Home Pack" laddove riscontrava che la promozione era stata attivata proprio il giorno di comunicazione di risoluzione contrattuale, il 27.3.2014; seguiva altra fatturazione post disdetta con addebito anche di costi di disattivazione, non dovuti a fronte dell'inadempimento di Fastweb;
- xiii. veniva richiesta più volte la documentazione dei tabulati telefonici con espresso riferimento alle telefonate inoltrate al servizio Clienti, senza alcun riscontro da parte del Gestore;
- xiv. dopo il deposito dell'istanza per il tentativo di conciliazione, Sky sospendeva il servizio televisivo per mancato pagamento di importi residui Fastweb (costi di disattivazione), che si vedeva costretto a pagare per ottenere la riattivazione.

Alla luce di tali premesse, l'utente richiedeva:

- a. l'indennizzo per l'omessa attivazione del servizio/omessa modifica contrattuale, nonché il rimborso dei maggiori costi sopportati;
- b. l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
- c. l'indennizzo per la mancata migrazione;
- d. l'indennizzo per la perdita del numero telefonico attivo dal 1995;
- e. il rimborso della somma di cui alla nota di credito n. 1252090 di euro 55,31;
- f. l'indennizzo per la mancata risposta alla richiesta di fornire i tabulati telefonici;
- g. rimborso di quanto pagato ed illegittimamente fatturato dopo la disdetta del servizio;
- h. rimborso di quanto pagato ed illegittimamente fatturato per la disdetta del servizio;

- i. l'indennizzo per le ripetute sospensioni del servizio Sky;
- j. le spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore Fastweb e la replica dell'Utente.

Fastweb con memoria difensiva precisava che l'istante, già cliente Fastweb, aderiva alla promozione Home Pack. A causa della mancata comunicazione da parte di Sky del metodo di pagamento automatico già attivo, la promo non aveva potuto essere attivata in quanto l'Home Pack richiede, quale unico modo di pagamento, l'addebito automatico.

Nondimeno, Fastweb, constatata l'anomalia, provvedeva ad emettere accrediti per erronea fatturazione, pari a € 130,00 per tredici mensilità (novembre 2012 - dicembre 2013).

Quanto alla mancata migrazione, ammetteva di aver ricevuto un ordine da Wind e di avervi dato seguito processando la fase 2, ma Wind lasciava scadere i termini della sessione (depositava schermate Eureka).

Ricevuta poi la disdetta contrattuale, provvedeva alla cessazione del contratto e del numero, come da manifestata volontà del cliente.

Quanto ai costi di dismissione, gli stessi risultano regolamentati dall'Autorità.

Nessuna responsabilità era ascrivibile a Fastweb e pertanto chiedeva il rigetto dell'istanza.

3. La replica dell'utente

L'utente replicava alle affermazioni di controparte, precisando quanto segue:

- l'asserito disagio relativo al metodo di pagamento, oltre a non essere stato mai comunicato durante la gestione del rapporto contrattuale, era insussistente in quanto già prima dell'adesione alla promo, era attivo il rid bancario –sullo stesso conto- con riferimento ad entrambi i contratti, attivi distintamente con Sky e Fastweb;
- i costi mensili addebitati per effetto della mancata attivazione della promozione ammontavano a € 45 mensili rispetto ai 20,00 pattuiti e, allo scadere, a € 48,40 mensili, anziché 35, come da offerta; l'emissione di riaccrediti per € 130,00 era pertanto insufficiente a coprire la differenza

4. Motivazione della decisione.

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

E' inammissibile al presente procedimento la domanda relativa all'indennizzo per le sospensioni del servizio televisivo in quanto non sottoposta a tentativo di conciliazione e avanzata senza il coinvolgimento del gestore Sky.

Altresì inammissibile è la domanda relativa al mancato riscontro da parte del gestore delle richieste dei tabulati telefonici in quanto inadempimento non rientrante nelle fattispecie indennizzatorie tipizzate dall'Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, né assimilabile alla fattispecie del mancato riscontro al reclamo.

4.1 Sull'attivazione della promozione Home Pack ed erronea fatturazione

L'utente ha dedotto di aver aderito in data 4.10.2012 all'offerta Home Pack proposta dal gestore Fastweb ai propri clienti, ma che questa non veniva mai attivata, dato che nelle fatture non veniva applicata la scontistica prevista; la problematica non veniva risolta fino alla disdetta contrattuale del 27.3.2014.

Versava quindi in atti apposite brochure illustrativa della promo (valida per l'appunto dal 8.10.2012 al 4.11.2012) dalla quale si evince l'adesione all'offerta "Home Pack Full" e le relative condizioni economiche: *abbonamento Sky (almeno Sky TV) + "Super Surf"; l'importo mensile aggiuntivo al canone Sky (n.d.r. € 67,00) per la fruizione di "Super Surf" sarà di 20€/mese (anziché 45€/mese) per i primi dodici mesi; dal 13° mese, l'importo mensile sarà di 35,00€/mese (anziché 45€/mese).*

Fastweb, se da un lato confermava data e termini della nuova stipula, per contro, adduceva quale esimente da responsabilità per la mancata attivazione, essersi verificata un'omissione da parte di Sky nella comunicazione del metodo di pagamento che aveva impedito di applicare la scontistica, ma che comunque i maggiori costi sopportati erano stati compensati mediante riaccrediti sulle fatture per Euro 130,00

L'eccezione non coglie nel segno e non è supportata da alcun riscontro probatorio: la domanda dell'utente è fondata e va accolta.

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 da ultimo 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. 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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

L'utente, che lamenta dunque l'applicazione di condizioni difformi da quelle oggetto di stipula, deve provare il contratto e la promozione sottoscritta, sulla base dei quali fonda la propria pretesa.

Il caso in esame rientra nell'ambito disciplinare dei c.d. "contratti a distanza" di cui all'Art. 50 e seguenti del Codice del Consumo, disciplina ripresa e dettagliata dalla Delibera n. 664/06/CONS con specifico riferimento ai contratti per la somministrazione di servizi di comunicazione elettronica conclusi con tale tecnica di comunicazione: considerato che in virtù di tale disciplina il gestore ha l'obbligo di inviare al cliente tutta la documentazione contrattuale riepilogativa delle condizioni dell'offerta e che non risulta che questo onere informativo sia stato adempiuto, può dichiararsi ampiamente assolto l'onere ricadente sull'utente di provare il contratto quale fonte della propria pretesa a vedersi applicare la promozione prescelta: lo stesso ha infatti diligentemente fornito gli unici elementi a sua disposizione, ovvero la data della stipula telefonica

e la brochure commerciale illustrativa della scontistica vigente all'epoca dei fatti.

Del resto è il gestore stesso a confermare l'adesione all'Home Pack, giustificando la mancata applicazione per una circostanza legata al metodo di pagamento automatico che invece risultava attivo anche prima della nuova formula contrattuale, con riferimento ai previgenti contratti; né peraltro tale disagio risulterebbe mai affrontato nel corso di circa 1 anno e mezzo di vincolo contrattuale.

Vista la prima fattura emessa n. 73425553 del 31.10.2012, dove risulta – formalmente- che l'abbonamento fosse stato variato il 6.10.2012, mentre contestualmente risultano fatturati i canoni anticipati dei precedenti piani tariffari "Italia Senza Limiti" e "Naviga Senza Limiti" e considerata la risoluzione contrattuale ricevuta il 27.3.2014, spetta all'utente l'indennizzo previsto dall'art.8.2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS per la mancata attivazione del profilo tariffario richiesto, per € 537,00.

Non può essere accolta la configurazione della fattispecie offerta dall'utente, quale omessa attivazione del servizio (si presume ex art.3.1) in quanto riferibile esclusivamente all'ipotesi di nuova attivazione di un servizio prima inesistente o di trasloco o di attivazione per migrazione, tutte ipotesi in cui l'inadempimento comporta l'assenza/interruzione di servizio, disagio compensato con il parametro massimo. Il caso di specie verte invece esclusivamente sulla mancata attivazione di un profilo tariffario, di una scontistica sui prezzi di listino, la cui applicazione o meno non incide in alcun modo sull'erogazione/fruizione di un servizio preesistente che in nulla muta le sue caratteristiche tecniche per effetto della modifica alle condizioni economiche del contratto.

Quanto ai maggiori esborsi subiti per effetto dell'erronea fatturazione emessa, occorre dunque esaminare le fatture prodotte rispetto ai 40 € bimestrali garantiti dall'Home Pack Full, con validità novembre 2012/ ottobre 2013.

La fattura n. 7342553 con scadenza 25.11.2012 di € 58,55 appare, al netto di altre voci di costo non rientranti nella promozione, di fatto in linea con il canone bimestrale nov/dic 12 a € 40,00; né la stessa risulta pagata per € 92,73 come asserito, non potendosi riferire l'addebito RID del 25.1.2013 di € 90,75 alla sua scadenza del 25.11.2012.

La fattura del bimestre gennaio/febbraio 2013, -non in atti- ma asseritamente pagata per l'importo di € 90,75 (di cui presumibilmente al pagamento RID del 25.1.2013 di cui sopra) deve invece essere rimborsata per la differenza eccedente i 40 € bimestrali dovuti, per Euro 50,75; la fattura n.1322366 del bimestre marzo/aprile 13, di €104,55 e asseritamente pagata per € 97,20 va rimborsata per la differenza eccedente i 40 Euro bimestrali, per € 57,20; la fattura n. 2769467 del bimestre maggio/giugno 13, pagata per l'importo di € 64,16 (come da bollettino postale) va rimborsata per la differenza eccedente, per €24,16; la fattura n.4454076 del bimestre luglio/agosto 13 di € 73,10, va rimborsata per la differenza eccedente, per € 33,10 (non risulta provato, l'asserito maggior pagamento per € 97,19); la fattura n. 6015687 del bimestre sett/ottobre 13 di € 97,19, va rimborsata per la differenza eccedente, per € 57,19.

Finita la promozione di 12 mesi a 40€/bimestrali, l'utente a partire da novembre 2013, avrebbe dovuto pagare 70€/bimestrali e perciò: la fattura n. 7492011 del bimestre nov/dic 13 di € 97,99 (€ 101,03 inclusi altri costi) va rimborsata per la differenza eccedente i 70€/bimestrali per € 27,99; la fattura n.9171141 del bimestre gen/feb 14, di € 18,92 non va rimborsata perché già decurtata mediante accredito di € 80,00; la fattura n.1403397 del bimestre marzo/aprile 14 di € 97,99 (€ 101,07 inclusi altri costi) va rimborsata per la differenza eccedente per € 27,99; la fattura Home

Pack n. S000896486 va rimborsata per € 56,21 in quanto afferente al canone di aprile già fatturato in precedenza.

In conclusione, per effetto della mancata applicazione della promo Home Pack, l'utente ha pagato in eccedenza la somma di € 334,59 che pertanto va rimborsata.

Quanto alla lamentata fatturazione successiva alla disdetta, la quota parte Fastweb va rimborsata relativamente al periodo successivo alla disattivazione del 26.4.2014 (fatture Home Pack del 5.4.2014 e del 5.5.2014), per € 48,40 e per € 95,48 per i costi di disattivazione, non dovuti per il recesso dal contratto che si deve intendere risolto per esclusivo inadempimento del gestore.

Deve essere inoltre rimborsata la somma di € 55,31 di cui alla fattura n. 1952090 del 27.3.2014, che non risulta mai versata, mentre sono stati già conteggiati gli accrediti effettuati dal gestore sulle fatture per € 130,00.

Così in totale il rimborso ammonta ad € 533,78

4.2 Sulla mancata migrazione

Deduce l'utente di aver richiesto a Wind la migrazione dell'utenza il 20.9.2013 e di aver ricevuto da questo gestore una comunicazione, il successivo 14.10.2013, di impossibilità di adempiere per motivi tecnici non imputabili; per contro un sms di Fastweb, il 16.11.2013, comunicava l'annullamento della procedura per rinuncia dell'utente.

Fastweb, con le memorie imputa la responsabilità del fallimento della procedura al Recipient, per avere questo fatto scadere la sessione dopo aver ricevuto l'ok del Donating in fase 2.

Dalle schermate depositate tuttavia, non si evince alcun elemento di conferma della dinamica, poichè le stesse risultano pressoché illeggibili, e comunque non si evince un ok in fase 2 (bensì un "sessione scaduta") tale da far concludere per una chiusura positiva della fase di verifiche rimesse al Donating.

Wind, coinvolto ai soli fini istruttori nella controversia, in veste di Recipient, non ha depositato alcunché.

Deve pertanto dichiararsi la responsabilità di Fastweb per la mancata migrazione dell'utenza (voce + adsl) verso l'OLO Wind e pertanto spetta all'utente l'indennizzo ai sensi dell'art.3.3 Allegato A della Delibera n.73/11/CONS (non essendosi verificate interruzioni del servizio in pendenza di procedura), dal 20.10.2013 (già conteggiato il tempo massimo per la conclusione della procedura) fino al 16.11.2013, data di comunicazione da parte di Fastweb dell'annullamento della procedura, per l'importo di € 81,00.

4.3 Sulla perdita della numerazione

Riferisce l'utente che dopo il fallimento del tentativo di passare ad altro gestore, si risolveva a rescindere il rapporto contrattuale con Fastweb, inviando disdetta il 24.3.2014, ricevuta dal gestore il 27.3.2014.

L'operatore dava seguito alla richiesta e il 26.4.2014 l'utenza veniva cessata, determinando la perdita del numero storico per il quale ora richiede l'indennizzo.

La domanda è infondata e pertanto deve essere rigettata.

Dall'esposizione dei fatti da parte dell'istante e dalle indicazioni riportate sul modulo compilato per la disdetta, si evince che questi fosse pienamente consapevole che la risoluzione contrattuale avrebbe condotto alla perdita della numerazione, tanto da operare una valutazione comparativa

tra l'opzione di restare in Fastweb con i noti disagi legati alla fatturazione e la soluzione di svincolarsi dal rapporto perdendo il numero. In realtà altre opzioni sarebbero state possibili, richiamate nelle condizioni/istruzioni in calce al modulo stesso, quali rivolgersi ad altri operatori per il passaggio o richiedere direttamente a Fastweb di far rientrare il numero in Telecom Italia, quale Donor. E con la sottoscrizione l'utente ha dichiarato di averne preso visione.

Pertanto non può che concludersi per la consapevolezza da parte dell'utente circa il sacrificio, per quanto indotto dalle circostanze, di perdere il proprio numero.

4.4 Sulla mancata risposta ai reclami.

L'istante ha depositato diversi reclami attinenti alla problematica della mancata attivazione dell'Home Pack , alcuni telefonici circostanziati nelle date, altri scritti, come quello del 18.3.2013 e suo sollecito del 3.4.2013, ai quali Fastweb non ha dato risposta, né ha risolto la problematica per fatti concludenti.

La domanda dell'Istante è fondata e va accolta.

Rileva, infatti, 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.

Spetta pertanto all'utente l'indennizzo previsto dall'art.11, commi 1 e 2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, dal 2.5.2013 (detratti i 45 giorni utili alla risposta) al 27.3.2014 (data di ricezione del recesso, oltre la quale il gestore non poteva più ritenersi obbligato alla risposta) per il massimo importo consentito, pari ad € 300,00.

5. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 200,00 (duecento/00) considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del Signor xxx Nasetti nei confronti della società FASTWEB xxx.

2. La società FASTWEB xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 200,00 (duecento/00) quale rimborso delle spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 537,00.= (cinquecento trentasette/00=) a titolo di indennizzo per la mancata attivazione del profilo tariffario richiesto ex art.8.2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;

- € 534,00 = (cinquecento trentaquattro/00=) a titolo di rimborso per illegittima fatturazione;

- € 81,00 = (ottantuno/00=) a titolo di indennizzo per la mancata migrazione ex art.3.3. Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;

- € 300,00= (trecento/00=) a titolo di indennizzo per la mancata risposta ai reclami ex art.11.1.2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS

3. La società FASTWEB xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. 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, lì 08 febbraio 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto