

DELIBERA DL/056/17/CRL/UD del 11 aprile 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

S. GIORDANO / FASTWEB XXX

(LAZIO/D/1047/2016)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 11 aprile 2017;

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 dell'utente S. Giordano del 19/12/2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'Istante.

L'istante ha introdotto la presente controversia lamentando nei confronti di Fastweb, l'addebito di € 1.50 relativo alla consegna di elenchi telefonici (anno 2016) mai ricevuti, risultante anche in fatture precedenti. Non avendo mai ricevuto nessun elenco telefonico, inviava reclamo a Fastweb richiedendone lo storno. Fastweb rispondeva declinando la propria responsabilità in quanto si trattava di un servizio di competenza di terzi. In data 28/09/2016 richiedeva copia del contratto e la prova dell'invio dei suddetti elenchi, al quale, però, l'operatore non dava seguito.

Alla luce di quanto sopra l'utente chiedeva:

- Rimborso degli addebiti effettuati nel tempo a fronte di un servizio mai ricevuto, di cui non è stata fornita prova in merito alla asserita richiesta;
- Indennizzo per il mancato riscontro scritto al reclamo/riciesta documentazione del 28/09/2016;
- Riconoscimento della responsabilità di Fastweb in merito al mancato recapito per il quale declina ogni addebito.

2. La posizione dell'operatore.

Fastweb deduceva che l'utente aveva aderito ad un contratto di tipo residenziale dal 09/04/2009. Precisava che l'importo contestato (1.50€) fosse a cadenza annua e che il servizio di invio di tali elenchi fosse appaltato alla società Seat Pagine Bianche, alla quale veniva corrisposto l'intero importo fatturato. Per quanto sopra, Fastweb, declinava ogni responsabilità dalla mancata ricezione degli elenchi.

Precisava che già in occasione del reclamo aveva contattato l'utente offrendo il rimborso degli importi addebitati ma che questi rifiutava.

Sulla mancata risposta al reclamo del 26/09/2016, dichiarava di aver correttamente dato riscontro all'utente il giorno seguente.

3. 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.

3.1 Sul rimborso delle somme fatturate

L'utente chiede lo storno e la restituzione delle somme riportate nelle fatture emesse dall'operatore dalla stipula contrattuale ad oggi, relativa alla consegna di elenchi telefonici, mai pervenuti.

La richiesta non può essere 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.

In base a tale criterio di riparto probatorio, spettava all'utente provare la fonte negoziale della propria pretesa (alla ricezione degli elenchi), o della mancata opzione ad avvalersi di tale

servizio.

Dalla narrativa, infatti, si evince come non fosse chiara nemmeno all'utente se fosse stata o meno richiesta tale opzione al momento della sottoscrizione del contratto (di qui la richiesta di restituzione degli importi che peraltro non sono quantificati poiché non è stato individuato il periodo di incidenza degli stessi, nonché la richiesta di copia del contratto, al fine, presumibilmente di accertarsi della circostanza); oppure, se la richiesta di "riconoscimento della responsabilità di Fastweb in merito al mancato recapito" costituisca invece una domanda volta al vedersi riconosciuta la pretesa alla prestazione (= consegna degli elenchi) e pertanto all'accertamento di un inadempimento, tale ritenuto dall'istante medesimo.

L'operatore d'altro canto, nell'affermare la propria irresponsabilità di un servizio contrattualizzato con terzi, ha comunque dato prova di aver gestito la segnalazione tramite Trouble Ticket, offrendo in ottica di caring del cliente, il riaccredito delle somme, in accoglimento del reclamo.

Ed ancora, nella risposta scritta al reclamo del 26.9.2016, ha invitato l'utente ad apportare eventuali modifiche al consenso dei propri dati, tramite accesso alla MyFastPage - percorso "elenchi telefonici e consensi", il che implicava che non solo l'utente potesse in ogni momento controllare lo status dei consensi prestati a valere sul proprio contratto, ma anche di revocare il consenso eventualmente prestato anteriormente, disattivando l'opzione ed evitando gli addebiti.

Le domande vanno pertanto rigettate, oltre per l'evidenza che non è previsto indennizzo per il caso sottoposto a controversia, poiché l'utente non ha ottemperato all'onere probatorio sul contratto, né ha tenuto una condotta secondo canoni di correttezza e buona fede (artt.1175 e 1375) nella sua esecuzione ben potendo, in vigenza dello stesso, modificare le condizioni di esigibilità della prestazione controversa agevolmente e senza alcun onere, nonché ristorarsi del disagio economico subito, accettando il rimborso offerto.

4. Sulla mancata risposta al reclamo

L'utente ha richiesto l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 28/09/2016.

L'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché il successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), in tema di reclami relativi a servizi di comunicazione elettronica prevede che la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (45 giorni ai sensi della Carta Servizi Telecom, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, 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.

Risultano in atti due reclami dell'utente inoltrati rispettivamente il 26/09/2016 ed il 28/09/2016, tutti aventi ad oggetto le medesime doglianze.

Orbene, al reclamo del 26.9.2016, risulta la risposta scritta del gestore del giorno seguente, esaustiva secondo i criteri dettati dal Regolamento di cui sopra, in quanto sufficientemente rappresentativa della posizione del gestore sul punto, nonché collaborativa rispetto all'esigenza manifestata dall'utente di non avere più addebiti.

La contestazione successiva, trattandosi di reclamo sulla risposta ricevuta, non può essere considerata un nuovo e distinto reclamo.

5. Sulle spese di procedura.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 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, considerata la pressoché totale soccombenza ed il modico valore della controversia, nonché le modalità di redazione degli atti ai sensi dell'art.16, 2bis del Regolamento e delle Linee Guida ex Delibera 273/13/CONS, si ritiene equa la compensazione totale delle spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Rigetta l'istanza del sig. S. Giordano nei confronti della società Fastweb XXX, con compensazione delle spese .
2. 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.
3. Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.
4. La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 11/04/2017

Il Presidente
Michele Petrucci
Fto

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto