

DELIBERA DL/74/16/CRL/UD del 13 settembre 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

MEDIACOM XXX / FASTWEB XXX

(LAZIO/D/896/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 13 settembre 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 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 Mediacom xxx presentata in data 19.06.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Fastweb xxx di seguito per brevità “Fastweb” – il malfunzionamento del servizio di telefonia mobile, l’illegittima fatturazione di costi di recesso.

In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento, l’istante ha dichiarato quanto segue:

- a. Nel mese di aprile 2015 la società istante decideva di migrare 5 utenze mobili in Fastweb, aderendo ad un a proposta contrattuale che, secondo quanto riferito dall’agente proponente, non includeva la consegna di apparati né prevedeva eventuali vincoli.

- b. Da subito l'utente lamentava disservizi dovuti allo scarso segnale con conseguente difficoltà ad effettuare e ricevere le chiamate.
- c. Dopo circa un mese e mezzo dalla sottoscrizione del contratto, la società Mediacom, persistendo le problematiche sopra indicate, decideva di passare ad altro gestore;
- d. La società istante precisava di aver già saldato una fattura emessa per l'importo di euro 1.900,00, comprensiva del costo dei canoni anticipati per due bimestri;
- e. Successivamente alla disdetta, il gestore aveva emesso fatture per costi di recesso e canoni insoluti per una somma complessiva pari ad euro 15.000,00 ritenuta non dovuta dall'utente in ragione del malfunzionamento dei servizi, disdetti per inadempienza del gestore.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto all'operatore:

- i. Lo storno dell'insoluto in essere pari ad euro 15.000,00;
- ii. Il rimborso della somma di euro 1.900,00 già corrisposta al Gestore;
- iii. Il riconoscimento di una somma pari ad euro 2.000,00 da corrispondere a titolo di indennizzo per i disagi subiti a causa del malfunzionamento delle linee.

2. La posizione dell'operatore Fastweb

Fastweb ha dedotto in via preliminare:

- l'inammissibilità delle richieste formulate nella parte in cui esse non coincidano con quelle avanzate nell'istanza di conciliazione, ovvero non abbiano formato oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione;;

Nel merito il gestore ha così argomentato:

- L'istante ha sottoscritto, in data 23 febbraio 2015, la "Proposta di abbonamento per piccole e medie imprese", avente ad oggetto sia servizio di telefonia fissa che mobile;
- Con il predetto contratto l'utente aveva chiesto di migrare in Fastweb 19 utenze mobili, come dimostrato dalla documentazione allegata alla memoria di costituzione, e non 5, come erroneamente affermato dallo stesso utente;
- La procedura di portabilità di tutte le sim veniva ultimata in data 18.03.2015;
- Dal sistema di gestione delle richieste di assistenza inoltrate dagli utenti, non risultava alcun reclamo da parte dell'istante in ordine ai lamentati disservizi;
- In ogni caso rispetto, al problema specifico dello "scarso segnale" lamentato dall'utente, per le zone non coperte, nessuna responsabilità poteva essere attribuita al gestore;
- La fattura n. 3278156, riferita al periodo dal 15.03.15 al 14.05.2015, che evidenziava traffico telefonico, costituiva ulteriore smentita delle asserzioni dell'istante;
- Rispetto alla pretesa illegittimità dei costi di recesso fatturati, il gestore precisava quanto segue:
 - a) Nella proposta di abbonamento sottoscritta, l'utente accettava espressamente il vincolo "Fidelity 30" che fissa la durata minima del contratto in 30 mesi prevedendo che *"in caso di recesso anticipato, Fastweb avrà diritto di ottenere dal Cliente una somma pari agli importi mensili che sarebbero maturati per ciascuna USIM fino alla scadenza del termine previsto"*;

- b) Anche l'art. 3.2 delle Condizioni Generali di Contratto, rubricato "*Durata e Condizioni di recesso*", prevede che in caso di recesso da parte dell'utente prima della scadenza del contratto, "Fastweb avrà diritto di ottenere dal cliente, a titolo di corrispettivo del recesso ex art. 1373 3° comma, c.c. un importo pari alla somma degli Importi Mensili che, in base al contratto stipulato per ciascuna USIM, sarebbero maturati in suo favore sino alla sua scadenza";
 - c) L'utente dopo circa due mesi dalla sottoscrizione del contratto, decideva di passare ad altro gestore tutte le 19 sim, operazione questa che si concludeva in tre mesi circa, quindi, dopo un periodo (5 mesi dalla sottoscrizione del contratto) decisamente inferiore rispetto al termine minimo di durata previsto dalla clausola sopra indicata.
- Dal quadro contabile risultava in relazione alla posizione dell'istante un insoluto complessivo pari ad euro 16.612,14 di cui Fastweb chiedeva l'integrale pagamento.

Fastweb, pertanto, ha concluso per il rigetto dell'istanza di definizione.

3. La replica dell'utente

Rispetto alle asserzioni di Fastweb, l'utente sostanzialmente ribadiva quanto già indicato nella memoria introduttiva precisando che:

- i. Le segnalazioni dei disservizi erano state rivolte all'agente commerciale con il quale avevano stipulato il contratto, il quale aveva assicurato che avrebbe riferito il problema al settore competente;
- ii. Il malfunzionamento delle linee aveva determinato innumerevoli disagi essendo diventata la società, di fatto, irreperibile per i clienti;
- iii. L'agente commerciale mai aveva parlato di vincoli, né, tanto meno, di "Fidelity 30" e, una volta contattato dall'istante per avere spiegazioni in ordine ai costi di recesso fatturati dopo la disdetta, si era reso irreperibile;

La società istante, sulla scorta di tali precisazioni, richiedeva:

- l'annullamento dei costi di recesso;
- l'annullamento dei costi di tassa di concessione governativa non dovuti;
- l'indennizzo per disagi subiti in conseguenza del malfunzionamento verificatosi nella vigenza del contratto stipulato con il Gestore.

4. L'esito dell'udienza di definizione

All'udienza di definizione del.07.2016 entrambe le parti si riportavano alle rispettive difese ed il Legale verbalizzante, verificata l'impossibilità di addivenire ad un accordo transattivo, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

5. 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.

Non è accoglibile l'eccezione di inammissibilità formulata da Fastweb relativa alla proposizione di domande nuove da parte dell'utente. Il gestore, infatti, formula una generica e non puntuale eccezione di stile senza specificare quali siano nel caso di specie le domande nuove rispetto a

quelle proposte in sede di conciliazione. Tale contestazione, pertanto, così come formulata, non offre elementi in base ai quali possa essere presa in seria considerazione ed accolta.

5.1 Sul malfunzionamento dei servizi

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante non possono essere accolte come di seguito precisato.

L'utente, nelle difese svolte si duole di aver subito gravi disagi sin dall'inizio del rapporto contrattuale con Fastweb a causa dello scarso segnale ricevuto dalle sim che, di fatto, impediva sia di ricevere che di effettuare chiamate, con gravi ripercussioni economiche dovute alla perdita di commesse. Per questo motivo, oltre a reclamare il riconoscimento dell'indennizzo previsto per tale disservizio, Mediacom ritiene non dovute le somme fatturate dal Gestore a titolo di recesso anticipato, dovendosi inquadrare, a suo dire, l'interruzione del rapporto contrattuale come risoluzione per inadempimento del gestore.

Sulla scorta di tale premessa, appare necessario per la risoluzione della presente controversia esaminare in primo luogo eventuali profili di responsabilità del gestore in ordine al dedotto malfunzionamento che costituisce la premessa logica di tutte le richieste avanzate dall'utente.

Dall'esposizione dei fatti offerta dall'utente, emergono sufficienti elementi per valutare la sua condotta contrattuale come non conforme agli oneri normativi necessari per l'esercizio di alcuni diritti nascenti dal contratto.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Rispetto alla dedotto malfunzionamento del servizio, dovuto allo "scarso segnale", non risulta alcuna segnalazione di disservizio da parte dell'utente che si limita a dichiarare di aver reclamato più volte senza fornire, tuttavia, alcun riferimento temporale o di numero pratica assegnato che ne consenta il rintracciamento sui sistemi dell'assistenza clienti, secondo quanto previsto dalla regolamentazione in tema di reclami e segnalazioni (Regolamento ex Del 179/03/CSP).

Occorre precisare che quello della segnalazione del disservizio al gestore competente all'intervento, è onere che incombe all'istante che lamenta l'inadempimento ("*Onus probandi incumbit ei qui dicit*" ; nel caso di specie il reclamo/segnalazione) posto che il dante causa deve essere messo nelle condizioni di conoscere l'evento/inadempimento ed adoperarsi così per la sua pronta risoluzione.

Tale basilare principio è confermato dalla consolidata giurisprudenza Agcom sul punto (ex multis n.69/11/CIR) che afferma il principio di irresponsabilità dell'operatore per il disservizio sulla linea, qualora l'utente non provi di aver inoltrato un reclamo all'operatore che, in assenza di contezza del guasto, non può provvedere alla sua risoluzione.

Inoltre, nel merito tecnico del malfunzionamento su utenza mobile, valga quanto già chiarito dall'Autorità in tema di efficienza del servizio in mobilità (cfr. del.92/15/CIR), che ha avuto modo di affermare "*nel caso di specie, occorre fare riferimento alla stessa natura del servizio di somministrazione di telefonia mobile che, così come indicato nelle condizioni generali di contratto e nella carta servizi, consente al titolare la possibilità di fruire del servizio telefonico nella quasi totalità del territorio nazionale ed internazionale, fermo restando che in alcune zone territoriali è possibile che il servizio sia meno efficiente a causa della debolezza del segnale derivante da*

svariati motivi. Non esiste, al riguardo, alcun obbligo volto a garantire la totale copertura territoriale dei propri servizi, per il quale, in caso contrario, potrebbe essere invocato un qualsivoglia tipo di impedimento.

Per completezza espositiva si osserva, che la mancata allegazione della comunicazione con la quale l'utente informava il Gestore di voler interrompere il rapporto contrattuale, impedisce qualsiasi valutazione ed interpretazione in ordine al tenore della stessa ed al suo contenuto. Non è dato sapere, infatti, come tale comunicazione sia stata qualificata dallo stesso utente né se vi fossero eventuali riferimenti agli enunciati e non provati reclami esperiti per il disservizio lamentato.

Alla stregua di tali considerazioni, pertanto, in assenza di qualsiasi elemento comprovante quanto meno le contestazioni del reclamato disservizio da parte dell'utente, la richiesta di indennizzo risulta infondata e non può essere accolta.

5.2 Sul rimborso della prima fattura emessa dall'Operatore.

L'utente ha richiesto il rimborso della prima fatture emessa dal Gestore per un importo pari ad euro 1.900,00. Premesso come l'istante ha omesso di allegare sia il documento contabile contestato che qualsiasi elemento atto a provare l'effettivo pagamento, impedendo così ogni riscontro in ordine sia alla correttezza degli importi quantificati che all'effettivo saldo da parte dello, la domanda non può essere accolta per tutte le ragioni esposte al punto precedente.

5.3 Sullo storno dei costi per recesso anticipato e per i canoni anticipati.

L'utente ha dedotto che a seguito del malfunzionamento dei servizi oggetto del contratto, dopo aver inoltrato numerosi reclami mai riscontrati dal Gestore, decideva di inviare disdetta a Fastweb e di cambiare operatore.

A seguito del port out dunque, Fastweb emetteva fattura n. 3278156 del 14.05.2015 di importo pari a Euro 10.963,71 di cui Euro 8.391,83 a titolo di corrispettivo per recesso anticipato, ed Euro 300,00 a titolo di canoni anticipati. Di tali importi l'utente ha chiesto il rimborso.

La domanda di storno non può essere accolta.

L'operatore ha ribadito la correttezza della fattura contestata sottolineando come, non potendosi qualificare la disdetta dell'utente come risoluzione per inadempimento in assenza di disservizi da parte del gestore, l'utente abbia in realtà interrotto il rapporto contrattuale ben prima della durata minima fissata in 30 mesi.

Premesso come la giurisprudenza ha ormai chiarito che i contratti contenenti queste tipologie di offerte promozionali derogano al divieto contenuto nell'art. 1 della legge 40/2007 e che, nel caso di risoluzione contrattuale anticipata, la *ratio* giustificativa delle penali risiede nella necessità di garantire all'operatore un ritorno economico al fine di ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto e di riequilibrare i benefici economici concessi al cliente con un riallineamento forfettario alle condizioni economiche dei contratti base, nel caso di specie il mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'utente in ordine alle segnalazioni del disservizio, induce necessariamente a qualificare la comunicazione di disdetta come atto di recesso e non di risoluzione per inadempimento.

Appare opportuno precisare che il T.A.R. del Lazio che, pronunciandosi sull'impugnativa del provvedimento prot. n. 80542/Agcom del 30.12.2008, con sentenza Tar Lazio n. 5361/2009,

confermata poi dal Consiglio di Stato (sentenza n. 1442/2010), ha operato una distinzione tra la pratica – ritenuta illegittima – di addebitare all'utente, al momento del recesso anticipato, anche le spese sostenute al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale, e quella di chiedere il rimborso degli sconti già praticati al cliente in ragione di un vincolo di durata contrattuale non rispettato. Nel primo caso infatti *“elemento qualificante la fattispecie è la presenza di un soggetto debole (l'utente) perché obbligato, ove interessato ad acquisire un determinato servizio, ad accettare le condizioni unilateralmente fissate dal soggetto forte (l'operatore), con la conseguenza che l'unica alternativa che gli si offre è la rinuncia all'acquisto del prodotto”* (cfr. sent. n. 5361/09 Tar Lazio). Da questa disparità tra i due soggetti, il decreto Bersani, così come interpretato dall'Autorità e dai Giudici amministrativi, ha fatto derivare il divieto per gli operatori di addebitare costi diversi da quelli effettivamente originati dal recesso anticipato, e segnatamente impedendo l'addebito dei costi sostenuti per l'attivazione iniziale. Nel secondo caso (corrispondente a quello qui in esame) invece *“l'operatore mette a disposizione dell'utente due diverse offerte, fra le quali egli è libero di scegliere, una a prezzo pieno, dalla quale può in ogni momento recedere salvo preavviso, ma senza essere sottoposto a rimborsi per spese diverse da quelle sostenute dall'operatore per la disattivazione dell'impianto [...], e un'altra promozionale a prezzo ridotto, per la quale l'operatore ha invece prefissato una durata che non preclude all'utente il recesso anticipato, ma che consente al primo (che ha fatto affidamento su un arco temporale di vigenza del rapporto contrattuale per coprire i costi sostenuti e realizzare il corrispettivo che gli è dovuto in ragione della controprestazione offerta) di recuperare, al momento del recesso anticipato, quanto il ripensamento (legittimo) dell'utente non gli ha consentito di ottenere”* .

Sulla base di queste premesse, i Giudici amministrativi hanno quindi ritenuto pienamente legittima la richiesta dell'operatore di restituzione degli sconti di cui l'utente ha beneficiato durante la vigenza del rapporto contrattuale, riconducendo tale fattispecie al recesso anticipato da offerte promozionali e differenziandola quindi dalla diversa situazione del recesso anticipato dal contratto a prezzo pieno, tutelata dall'art.1 del decreto Bersani.

Tale interpretazione è stata ripresa anche dal Giudice ordinario, in particolare nella sentenza resa dal Tribunale di Milano, sez. XI, n. 5554 del 15 maggio 2012. nella quale, dichiarando inapplicabile nel merito la legge n. 40/2007 - come vorrebbe, invece, l'istante - bene viene evidenziata la distinzione tra recesso da un abbonamento "tout court" e recesso da "specifiche offerte promozionali" - come nel caso oggetto del presente procedimento - riconoscendo, nel secondo caso, la legittimità delle c.d. penali.

In altri termini, l'offerta promozionale rappresenta un accordo accessorio a quello principale ed è connotata da un vantaggio che viene attribuito all'utente rispetto alla stipula del contratto base.

Di conseguenza, il recesso anticipato dall'offerta va inteso diversamente rispetto al recesso dal contratto base e deve essere consentito il recupero degli importi ai quali l'operatore ha rinunciato a seguito dell'opzione effettuata dall'utente.

Alla luce di tutto quanto premesso la domanda dell'istante relativa allo storno dei costi per recesso anticipato contenuti nella fattura nn. 327***6 non può trovare accoglimento.

Parzialmente fondata risulta, invece, la richiesta di storno della somma di euro 300,00 contenuta nella predetta fattura a titolo di canoni anticipati per il bimestre 15 maggio – 14 luglio 2015.

Considerato che secondo quanto affermato dallo stesso operatore, 14 sim sarebbero migrate verso altro gestore prima del 15 maggio 2015, si ritiene che, in proporzione debba essere stornata la somma di euro 225,00 pari ad un quarto di quanto fatturato a titolo di canoni anticipati.

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, tenuto conto del rigetto dell'istanza e considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte, le difese e la pressoché totale soccombenza, si ritiene congruo riconoscere in favore dell'istante la somma di euro 50,00 per le spese della procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della società SGM srl nei confronti della società Fastweb xxx.
2. La società Fastweb xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante la somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura;
3. La società Fastweb xxx dovrà provvedere a stornare dalla fattura n. 3278156 del 14 maggio 2015 la somma di Euro 225,00.
4. 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.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Roma, 13 settembre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto