

DELIBERA DL/118/16/CRL/UD del 14 novembre 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

C. LIBERATI / FASTWEB xxx

(LAZIO/D/1067/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 14 novembre 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 dell’utente C. Liberati dell’11 dicembre 2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

L’utente, per il tramite dell’Associazione AECI, ha introdotto la presente controversia lamentando l’interruzione della linea mobile, l’attivazione non richiesta da parte di Fastweb nonché l’illegittima fatturazione, la mancata risposta al reclamo ed ha richiesto il rimborso di costi e ricariche non usufruite.

Nell’istanza di definizione l’utente ha lamentato quanto segue.

- i. In data 26.06.2015, l’utente riceveva una proposta per passare da Telecom a Fastweb comprendente l’acquisto di un telefonino, proposta che veniva accettata dall’utente solo dopo aver avuto ampie garanzie sulla disponibilità di un telefonino modello Huawei P8 di colore bianco;

- ii. Il 30.06.2015 riceveva conferma della proposta e si accorgeva, tuttavia, che il telefonino contemplato era di colore nero e per tale motivo decideva di recedere dalla proposta inviando una mail il successivo 1 luglio, ricevendo in pari data conferma dell'avvenuto recesso;
- iii. Il 15.07.2015 il Sig. Liberati si accorgeva che il servizio mobile non era funzionante e, contattato il Call Center, apprendeva che la portabilità in Fastweb si era perfezionata e che per utilizzare la linea era necessario procurarsi la sim del Gestore;
- iv. Dopo aver acquistato la sim di Fastweb, l'utente inoltrava reclamo scritto;
- v. Successivamente, nel mese di agosto 2015, il Sig. Liberati riceveva una fattura Fastweb che comprendeva, tra l'altro, l'addebito della rata di acquisto del telefonino mai richiesto e mai ricevuto;
- vi. Contattato il Call Center l'utente appurava che il predetto terminale risultava formalmente consegnato il 12 luglio 2015;
- vii. Nel mese di settembre l'utente riusciva a rientrare in Tim senza ricevere "alcun rimborso/storno insoluto/indennizzo da Fastweb per aver illegittimamente acquisito la linea e per il telefono mai ricevuto.

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

- Il rimborso immediato della somme corrisposte e non dovute;
- storno di qualsiasi insoluto esistente nei confronti di Fastweb;
- indennizzo per la migrazione non richiesta e per l'illegittima interruzione del servizio;
- indennizzo per mancata risposta al reclamo;
- rimborso dei costi sostenuti e delle ricariche non usufruite;
- copia della ricevuta di consegna del telefono cellulare oggetto del contratto.

Nella memoria integrativa l'utente ribadiva quanto anticipato in istanza e quantificava le richieste di indennizzo e di rimborso secondo gli importi sotto indicati:

Euro 150,00 a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo;

Euro 360,00 a titolo di indennizzo per interruzione dei servizi;

Euro 350,00 a titolo di indennizzo per ritardata migrazione/rientro linee;

Euro 540,00 a titolo di indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti;

Euro 250,00 a titolo di rimborso dei costi sostenuti e non dovuti, oltre lo storno delle fatture insolute;

Euro 200,00 a titolo di spese per la presente procedura

2. La posizione dell'operatore.

Nel merito il gestore ha così argomentato:

- L'istante, dopo aver deciso di recedere dal contratto de quo, ha inviato una disdetta che non può ritenersi regolare ad ogni effetto di legge, essendo stata inviata via mail;
- L'impossibilità di dare seguito a tale disdetta irregolare ha comportato la necessità da parte del Gestore di procedere comunque all'espletamento della portabilità, preavvisata via sms e conclusasi il 15 luglio 2015;
- In ordine alla mancata consegna del terminale mobile, l'utente in un proprio reclamo affermava testualmente *"Il giorno 13.07.15, ricevevo una telefonata sul mio cellulare da un corriere (tel.) che mi dice di essere sotto la mia abitazione e di avere un pacco per me da Fastweb. Rispondo di non essere interessato perché ho disdetto l'adesione alla vostra proposta, quindi il corriere mi dice che il pacco sarà restituito"*;

- Tale dichiarazione avvalorava la circostanza che, in realtà, il pacco era stato recapitato presso l'utente ma rifiutato da quest'ultimo;
- Non avendo ritirato il plico, l'utente si è trovato sprovvisto della sim necessaria per l'attivazione che, comunque, gli veniva fornita il giorno dopo presso un punto vendita Fastweb;
- Solo nel mese di settembre 2015 Tim richiedeva la portabilità della linea, espletata poi il 16 settembre 2015;
- Contrariamente a quanto riferito dall'utente, nessuna interruzione del servizio si era verificata il 15 luglio;
- Nessun rimborso dei costi poteva essere accordato in quanto assolutamente ingiustificato;
- Infondata risultava anche la richiesta della ricevuta di consegna del cellulare, essendo stato proprio l'utente a rifiutare il plico che gli era stato recapitato.

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

3. L'esito dell'udienza di definizione.

All'udienza di definizione del 13.09.2016 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.

4. Motivazione della decisione.

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

Non è tuttavia procedibile la domanda volta ad ottenere l'esibizione della ricevuta di consegna del cellulare Huawei P8 Lite Black, perché diretta ad ottenere un facere che esula dal contenuto vincolato della pronuncia di definizione ai sensi dell'art.19, comma 4 del Regolamento Agcom n.173/07/CONS e s. m.

Parimenti non possono essere prese in considerazioni tutte le domande di contenuto vago ed indeterminato relative a costi non specificati, né tantomeno provati.

4.1 Sulla illegittima attivazione del servizio.

L'utente, nelle difese svolte reclama una serie di indennizzi per disservizi scaturiti dall'esecuzione di un contratto nonostante egli abbia inoltrato regolare disdetta.

Il caso di specie rientra nella particolare disciplina approntata dal Codice del Consumo (nella versione novellata dal D.Lgs. 21.2.2014, n. 21), all'art. 45 e segg., per i contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali, che si caratterizzano per la non simultanea presenza di professionista e consumatore al momento della conclusione del contratto, 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 che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali”* (art.49); l’obbligo di inviare conferma per iscritto, o su altro supporto durevole, compresa, se del caso la conferma del previo consenso espresso all’accettazione del consumatore e dell’accettazione del consumatore in conformità all’art.59, comma 1, lettera o) (art. 50, comma 2 per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali); l’obbligo di inviare conferma per iscritto al consumatore che abbia concluso il contratto per telefono *“il quale è vincolato solo dopo aver firmato l’offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi* Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su supporto durevole” (art. 51, comma 6 per i contratti conclusi a distanza); dette conferme debbono contenere tutte le informazioni di cui all’art.49, comma 1 (art. 50, comma 4 lett.b e art. 51, comma 7); il diritto del consumatore di recedere senza costi e senza obbligo di motivazione entro quattordici giorni lavorativi, decorrenti dalla conclusione del contratto o dalla consegna dei beni, mediante modulo di recesso fornito dal professionista, o mediante *“qualsiasi altra dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto”* (art.54) ; come pure di usufruire di eventuali modalità alternative messe a disposizione dal professionista (*compilazione ed invio telematico del modulo recesso o tramite sito web*) (art.54); l’onere della prova sul valido esercizio del diritto di recesso incombe sul consumatore (art.54, comma 4); il valido esercizio del recesso obbliga il professionista al rimborso di tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore entro quattordici giorni dalla data in cui è informato della decisione di recedere (art. 56); il consumatore restituisce i beni o li consegna al professionista senza indebito ritardo ed in ogni caso entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere (art.57). Se in violazione dell’art.49, comma 1, il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo del recesso iniziale; se le informazioni di cui al comma 1 sono rese entro dodici mesi dalla conclusione del contratto o dalla consegna dei beni, , il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni (art.53).

Nel dettaglio, è intervenuta anche la disciplina regolamentare di cui all’ allegato A alla Delibera n.519/15/CONS il cui art.4 , comma 2 prevede che, nel caso di contratti che comportano il trasferimento ad altro operatore, conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, gli operatori, prima della conclusione del contratto, informano i consumatori della conseguente cessazione del rapporto con il precedente fornitore del servizio e della circostanza che l’eventuale esercizio del diritto di recedere ai sensi dell’art. 52 del Codice, non comporta il ripristino automatico di tale rapporto contrattuale.

Orbene, a prescindere da ogni valutazione sulla validità di un recesso sottoposto a condizione risolutiva, quale quello risultante dalla comunicazione email del 1.7.2015 dell’utente, appare dirimente verificarne il comportamento concludente rispetto agli effetti prodotti a seguito della comunicazione medesima, ritenuta formale disdetta del contratto al quale aveva aderito

L’utente, con tale comunicazione, dopo aver ribadito di aver scelto un telefono mobile mod. Huawei P8 di colore bianco, precisava di voler procedere all’attivazione con Fastweb solo qualora vi fosse ancora la possibilità di avere quel modello alle condizioni concordate.

Occorre pertanto da subito verificare se, detta comunicazione –quanto al suo contenuto- possa ritenersi una disdetta tout court o se, invece, essa rappresenti una condizione risolutiva da cui dipendeva l'efficacia del contratto al quale l'utente aveva aderito.

Tale distinzione appare fondamentale ai fini della presente controversia in quanto se dovesse intendersi come disdetta incondizionata, l'attenzione si sposterebbe esclusivamente sulla forma utilizzata onde valutare se il mezzo della mail, peraltro non certificata, possa ritenersi valido ed efficace.

In realtà nel caso di specie, avendo l'utente condizionato l'efficacia del contratto alla consegna di un bene con determinati requisiti, e non avendo il Gestore nulla obiettato a tale precisazione, non v'è dubbio che tale comunicazione debba intendersi quale condizione sospensiva del contratto in oggetto.

Per valutare se il comportamento del Gestore possa definirsi legittimo o meno, occorrerà, dunque, verificare se effettivamente si sia avverata la condizione risolutiva e, dunque, se il terminale inviato dal Gestore avesse le caratteristiche pattuite.

Nel caso di specie l'utente ha affermato che la disdetta inviata con mail dell'1.07.2015 sarebbe stata motivata dal fatto che il telefono cellulare descritto nel riepilogo delle condizioni contrattuali comunicategli con mail del 30 giugno 2015, non corrispondeva per caratteristiche tecniche ed estetiche –in particolare per il colore nero anziché bianco- a quello indicato nella proposta contrattuale del 26.06.2015 alla quale egli aveva aderito.

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, pur avendo prodotto sia la mail di disdetta dell'1.07.2015 che i successivi reclami del 17.07.2015 e del 24.07.2015, ha, tuttavia, ommesso di allegare proprio il riepilogo delle condizioni contrattuali, inviatogli con mail del 30.06.2015, impedendo così di verificare se effettivamente il modello indicato fosse nero e non bianco come inizialmente proposto dal Gestore.

Va in ogni caso rilevato come sia nel reclamo del 17.07.2015 che nella denuncia sporta ai Carabinieri il 23.07.2015, lo stesso utente asseriva che il giorno 13.07.2015 (11 in querela) riceveva una telefonata da un corriere, il quale affermava di essere sotto la sua abitazione per recapitare il plico inviato da Fastweb che egli, "vista la situazione", decideva di non accettare.

Tali affermazioni, dunque, confermano che, in realtà il Gestore aveva correttamente recapitato il plico, mentre l'utente ha dedotto nell'istanza introduttiva di non sapere a chi fosse stato recapitato il plico contenente il telefono mobile.

Al fine di dimostrare un eventuale inadempimento del Gestore, l'utente non ha offerto alcuna prova circa il fatto che tale bene fosse diverso da quello prescelto, né avrebbe potuto offrirla considerato che lo stesso ha espressamente rifiutato di ricevere il plico.

La necessità di verificare il contenuto del plico, di cui l'utente avrebbe dovuto fornire la prova, risulta ancor più evidente ove si consideri che rispetto alla mail dell'1.07.2015, in cui sostanzialmente l'utente chiedeva conferma della disponibilità del colore bianco del bene che stava acquistando, non vi era stata alcuna risposta negativa da parte del Gestore.

In definitiva non essendo emersa la prova che l'oggetto del contratto avesse caratteristiche diverse da quelle prescelte dall'utente non può ritenersi integrata la condizione risolutiva enunciata dall'utente con la mail dell'1.07.2015 e, di conseguenza, correttamente il gestore ha dato seguito all'attivazione del contratto.

La domanda di indennizzo per l'attivazione di un servizio non richiesto non può essere accolta, né quella connessa di rimborso/storno dei corrispettivi.

4.2 Sulla interruzione del servizio

L'utente deduce di essere rimasto disservito dal giorno 15.07.15 fino al giorno 8.08.2015 e richiede per tale motivo un indennizzo pari ad euro 180,00.

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. La procedure di trasferimento delle utenze tra gli operatori telefonici sono puntualmente disciplinate quanto alla forma, ai tempi, ai compiti e responsabilità degli attori coinvolti, con il fine predominante di rendere effettiva la facoltà dell'utente di passare il proprio numero ad altro gestore, indipendentemente dai tempi di efficacia del recesso, senza che si verificano dilazioni o disservizi. Di qui la norma di principio, a tutela del consumatore, per cui le modalità di trasmissione e di gestione amministrativa delle richieste, nonché le procedure concordate tra tutti gli operatori coinvolti nell'attivazione della prestazione, sono improntate alla massima efficienza e tali da minimizzare i tempi di interruzione del servizio al cliente finale.

La domanda non può essere accolta in quanto è lo stesso utente a chiarire con il reclamo del 17.07.2015 che, non avendo ricevuto il plico contenente la sim, era rimasto senza linea dal 15.07.15 –giorno in cui si è perfezionata l'attivazione con Fastweb- fino a quando aveva acquistato un'altra sim equivalente presso un punto vendita dello stesso Gestore.

Dovendosi ritenere legittima l'attivazione di Fastweb per tutte le motivazioni di cui al punto precedente della presente delibera, alcuna responsabilità può essere riconosciuta in capo al gestore per l'interruzione del servizio che, essendo peraltro assai più limitata di quella reclamata descritta nella memoria difensiva, era dovuta all'indisponibilità da parte dell'utente, per sua colpa della sim.

4.3 Sul ritardato rientro in Tim e sulla richiesta di rimborso delle somme non dovute e lo storno di eventuali insoluti

Richiamati i principi sopra esposti in ordine all'onere della prova, si rileva come alcuna responsabilità possa essere ascritta al Gestore in ordine al lamentato ritardo nel rientro dell'utenza in Tim, considerato che l'utente non ha fornito la prova della data della stipula del nuovo contratto con tale ultimo Gestore. Tale lacuna impedisce di verificare se la data del 16.09.15, indicata da Fastweb come data di passaggio, fosse tardiva rispetto alla richiesta sottoscritta dall'utente.

Pertanto, la domanda di indennizzo per ritardata migrazione, non può essere accolta.

Conseguentemente, per le ragioni sopra indicate, non possono trovare accoglimento neanche le richieste di rimborso dei costi sostenuti, per i quali peraltro l'utente ha indicato una somma di euro 250,00 ma non di cui non ha fornito prova dell'effettivo pagamento, e di storno degli insoluti.

4.4 Sulla mancata risposta ai reclami

L'utente si è lamentato per non aver mai ricevuto risposta ai reclami inoltrati per ottenere chiarimenti sulla propria posizione contrattuale.

Rileva 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.

Nel caso in esame i reclami hanno sostanzialmente reiterato le stesse lamentele alle quali non vi è stato mai alcun riscontro da parte del Gestore. L'art. 11 co. 2 dell'All. A alla Del. 73/11/Cons prevede espressamente che l'indennizzo per la mancata risposta da parte del gestore è computato in misura unitaria anche in caso di reclami reiterati o successivi, purché riconducibili al medesimo disservizio.

Fastweb non ha fornito la prova di avere riscontrato i reclami.

Tuttavia, pur volendo considerare il reclamo più risalente, quello esperito il 14.07.15, il gestore avrebbe avuto 45 gg. –e non 15 come erroneamente affermato dall'utente- per fornire un'adeguata risposta scritta, e tale termine sarebbe scaduto successivamente al giorno in cui risulta perfezionato il rientro dell'utenza in Tim, indicato da Fastweb per il 16.09.15, data questa non contestata dall'utente.

Per tale motivo la richiesta di indennizzo non può essere accolta.

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 soccombenza 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 Signor C. Liberati nei confronti della società Fastweb.
2. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
3. 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, li 14 novembre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto