DELIBERA DL/115/16/CRL/UD del 14 novembre 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

R. FILIPPONI / FASTWEB xxx

(LAZIO/D/69/2016)

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 R. Filipponi del 27 gennaio 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

Il Signor R. Filipponi, per il tramite dell’Associazione Federconsumatori, ha introdotto la presente controversia lamentando la mancata attivazione del servizio oggetto del contratto stipulato con Fastweb e l’indebita fatturazione.

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

- i. Nel mese di marzo 2015 l’utente aderiva ad un contratto avente ad oggetto sia il servizio voce che quello dati sull’utenza n. 0761 *****9;

- ii. In data 19.03.2015 riceveva via mail copia del contratto e della carta dei servizi, con contestuale richiesta da parte dell'operatore di fornire copia del documento d'identità, il numero della carta di credito ed il codice fiscale; richiesta alla quale il Sig. Filippini dava immediatamente seguito;
- iii. Pochi giorni dopo, l'utente riceveva una proposta da parte dello stesso operatore di una Sim, comprensiva di 4 gb, al prezzo promo di 5,00 euro, anziché di euro 10,00, in quanto la differenza sarebbe stata scontata dal costo dell'abbonamento relativo all'utenza fissa;
- iv. Nel frattempo l'utente riceveva, dal 19.03.2015, n. 3 fatture con codice cliente n. 6730476 e, dal 20.05.2015, n. 2 fatture riconducibili al codice cliente n. 6882748;
- v. Gli importi relativi a tali fatture sono stati prelevati mediante addebito su carta di credito in maniera illegittima, in quanto i servizi non sono mai stati attivati;

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

- L'indennizzo per la mancata fruizione dei servizi a decorrere dall'11 marzo 2015 fino al 25.01.2016, data di presentazione dell'istanza di definizione per un totale complessivo pari ad euro 4.800,00
- Il rimborso di quanto prelevato indebitamente dalla carta di credito per una somma pari ad euro 228,64;
- La sospensione immediata dei prelievi dalla carta di credito;
- L'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 18.06.2015, pari ad euro 176,00;
- Il riconoscimento delle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore.

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 aderito a due proposte di abbonamento: la prima del 19.03.2015 con codice cliente 6730476 e la seconda del 13.05.2015 con codice cliente n. 6882748;
- Per la prima l'utente, già il 25.03.2015, veniva informato circa l'impossibilità di procedere con l'attivazione in quanto l'area non era coperta dal servizio (causale: "*civico non presente sugli inventore quindi impossibile trovare centrale di riferimento*");
- Tale informazione veniva ribadita il 23.04.2015;
- Il 6.05.2015 si aveva il rifiuto tecnico definitivo ed il successivo 20.06 l'utente riceveva l'ultima informativa;
- Anche per la seconda proposta il gestore riscontrava l'impossibilità di attivazione che veniva comunicata il 20.08.2015, sebbene l'istante ne fosse già a conoscenza da tempo, come si evince dal doc. n. 2 allegato dallo stesso all'istanza di definizione;
- Fastweb, al fine di andare esente da responsabilità, ha richiamato l'art. 3.3 delle Condizioni generali di contratto che alla lett. E) prevede la possibilità per il gestore di non concludere il contratto "*se sussistano motivi tecnici, organizzativi, commerciali e/o dipendenti dalla Pubblica Amministrazione, che impediscano od ostacolino l'attivazione dei servizi*";

- Inoltre il Gestore ha evidenziato che, ai sensi dell'art. 4 delle Condizioni Generali di Contratto, è previsto un termine massimo di 60 gg. per l'attivazione dei servizi e, dunque, anche in ragione di tale disposizione, nel caso di specie Fastweb era esente da responsabilità;
- Il servizio mobile, alla data del deposito della memoria, risultava ancora attivo non avendone l'utente mai richiesto la disdetta;
- Da ultimo Fastweb ha aggiunto di aver formulato, in sede di conciliazione paritetica, una proposta transattiva di disattivazione della Usim e di un riconoscimento di una somma di euro 150,00, non dovuta ma, comunque, non accettata dal Sig. Filipponi.

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

3. La replica dell'utente.

Con memoria tempestiva l'utente, nel ribadire le richieste in precedenza formulate, ha replicato alle affermazioni del gestore Fastweb, precisando che quanto segue.

Dalle comunicazioni fornite dal Gestore non risulta che l'utente sia stato informato circa i motivi dell'impossibilità di attivare i servizi;

Dalle schermate allegate risultava la motivazione della "*mancata copertura*" e non del "*numero civico non presente*".

Di tali problematiche l'utente non è stato mai informato e, a decorrere dal 19.03.2015, ha ricevuto fatture relative ai due codici cliente n. 6882748 e 6730476;

Tali fatture sono la dimostrazione che per il gestore i servizi sono stati attivati, diversamente non si comprende per quale motivo vengano ancora emesse le fatture.

4. L'esito dell'udienza di definizione.

All'udienza di definizione del 4.10.2016 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 parzialmente i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento.

Non è, infatti, ammissibile la richiesta avanzata dall'utente di sospensione immediata dei prelievi dalla carta di credito. Tale istanza non risulta conforme al dettato dell'art. 19, comma 4 del Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS che delimita l'oggetto della pronuncia alla condanna dell'operatore, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, "*ad effettuare rimborsi di somme non dovute ... o al pagamento di indennizzi ...*", in conseguenza degli inadempimenti accertati. L'ordine a compiere attività esula, dunque, dal contenuto vincolato della pronuncia.

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 Sulla mancata attivazione del servizio.

L'utente, nelle difese svolte si duole di non aver mai usufruito dei servizi oggetto dei contratti ai quali aveva aderito, il 19.03.2015 per il servizio di fonia fissa e Adsl ed pochi giorni dopo per la sim mobile, e reclama, per questo motivo, il riconoscimento dell'indennizzo previsto per tale fattispecie e per la mancata risposta al reclamo dalla normativa Agcom, oltre la restituzione di quanto già versato al gestore e l'annullamento dell'ultima fattura non ancora saldata.

La domanda è parzialmente fondata e può essere accolta nei limiti di seguito indicati.

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.

Inoltre, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, Delibera Agcom 179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, espresso in svariate pronunce (ex plurimis, Delibere Agcom 85/07/CIR, 45/08/CIR, 54/08/CIR, 15/09/CIR e 39/09/CIR), gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale.

Pertanto, ove l'utente lamenti la mancata attivazione del servizio, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze ad esso non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da propria colpa.

Anche in questi casi, tuttavia, deve fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, rispetto alle quali non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto.

Pacifica tra le parti è la mancata attivazione del contratto per il servizio di fonia fissa e dell'Adsl; spettava, dunque, a Fastweb provare le cause esimenti da responsabilità per l'inadempimento occorso, e conseguentemente, di aver costantemente tenuto aggiornato l'utente sulle difficoltà incontrate o sull'esistenza di impedimenti tecnici.

Fastweb ha prodotto una serie di schermate di sistema. Dalla schermata di cui all'allegato n. 3 si evince che già in data 25.03.2015 il gestore aveva cancellato l'ordine in quanto avente ad oggetto un'utenza situata in un'area non coperta dal servizio.

La successiva schermata di cui all'allegato n. 5, registrava la "cancellazione tecnica" dell'ordine di attivazione avvenuta il 6.05.2015, mentre l'ultima attestava –secondo il gestore- la cancellazione tecnica dell'attivazione connessa al codice cliente n. 6882748 e la relativa comunicazione al cliente.

Orbene, dall'esame delle causali anzidette, emerge che effettivamente solo la prima integra la causa non imputabile all'OLO, in quanto fa riferimento ad un impedimento tecnico oggettivo che ostacolava l'attivazione.

Non può dirsi, tuttavia, assolto l'onere della prova da parte del gestore in ordine alla spiegazione di dettaglio su quanto occorso a detti ordinativi. Pur volendo ritenere che l'utente sia stato contattato nelle date riportate nelle schermate allegate dal gestore, non vi è prova alcuna in ordine al contenuto di tali comunicazioni.

Pertanto dal 19.03.2015 (data di sottoscrizione del contratto cod. cliente n. 6730476), detratti 60 gg. previsti per l'attivazione dei servizi, al 19.11.2015 (data dell'udienza di conciliazione, prima interlocuzione utile con il gestore) Fastweb è responsabile nei confronti dell'istante unicamente ai sensi dell'art. 3, comma 2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, per non aver assolto agli oneri informativi dovuti all'utente circa l'impedimento tecnico verificatosi –a sé non imputabile- all'attivazione del contratto. L'indennizzo liquidabile per tale periodo è pertanto di Euro 1.387,50

E' lo stesso cliente a riferire nel reclamo del 18.06.2015 di essere stato informato telefonicamente dopo alcuni giorni circa l'impossibilità di attivare l'Adsl presso la sua abitazione. L'utente afferma ancora nel predetto reclamo di aver ricevuto in data 8 aprile altre telefonate da parte del Gestore che lo aveva, invece, rassicurato circa l'attivazione dei servizi richiesti e di aver saputo, solo in data 30 aprile 2015, a seguito di sua telefonata, che ciò non sarebbe stato possibile. Tale situazione di incertezza rappresentata dall'utente non è stata sconsigliata dal Gestore che avrebbe dovuto provare per via documentale un'adeguata informazione circa l'effettiva possibilità di attivare i servizi.

5.2 Sul rimborso delle fatture saldate e sullo storno della fattura n. 3524654.

Consequente alla mancata attivazione del contratto, è il diritto dell'utente al rimborso di quanto versato a fronte delle fatture emesse dal gestore e allegate all'istanza introduttiva per un totale di Euro 197,40, a fronte di prova del pagamento.

5.3 Sulla mancata risposta al reclamo

La domanda dell'istante rivolta ad ottenere un indennizzo per mancata risposta ai reclami inoltrati è fondata.

Rileva, nel caso di specie, 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 in quello non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

In particolare, 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.

Oltre ai menzionati reclami telefonici al call center, risulta in atti un reclamo del 23.06.2015 avente ad oggetto la mancata attivazione dei servizi, al quale non risulta che l'operatore abbia risposto.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli Artt. 2 e 11.1 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi e considerato il tempo utile alla risposta (45 giorni), nonché il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (19 novembre 2015), viene riconosciuto all'Utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di € 104,00.

6. 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 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 150,00 (centocinquanta/00) considerate le difese svolte, il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti e l'assenza di proposte conciliative dell'operatore.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

- 1.** Accoglie l'istanza del Signor R. Filipponi nei confronti della società Fastweb xxx
- 2.** La società Fastweb è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 150,00 (centocinquanta/00) quale rimborso delle spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - € 1.387,50= (milletrecento ottantasette/00=) a titolo di indennizzo per mancato rispetto degli oneri informativi sul contratto ex art.3, comma 2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;
 - € 104,00= (centoquattro/00=) a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo ex art.11 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS;
 - € 197,40= (centonovantasette/40) a titolo di rimborso.

3. La società Fastweb è, inoltre, tenuta 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, li 14 novembre 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto