

DELIBERA DL/066/16/CRL/UD del 21 luglio 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

XXX SPINELLI / FASTWEB XXX

(LAZIO/D/515/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 21 luglio 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 xxx Spinelli presentata in data 19.06.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, assistito dall’Associazione di consumatori A.E.C.I. Lazio, ha lamentato – nei confronti di Fastweb xxx di seguito per brevità “Fastweb” – la mancata lavorazione del recesso esercitato verbalmente nel mese di aprile 2013 ed il prelievo tramite RID di somme illegittimamente addebitate successivamente alla predetta disdetta.

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

- a. di avere comunicato telefonicamente al Gestore, nel mese di aprile 2013, disdetta del contratto relativo a servizi di fonia e adsl a seguito di trasloco in una nuova abitazione;

- b. di aver disposto, contestualmente alla disdetta, la revoca del RID mediante il quale venivano corrisposti i canoni di abbonamento mensili;
- c. di essersi accorto solo a distanza di alcuni mesi a seguito di controlli effettuati, che il gestore aveva continuato ad effettuare prelievi, riferibili sempre al contratto per il quale era stata inoltrata la disdetta, su altro conto corrente a lui intestato;
- d. di essere stato informato dal call center di Fastweb che la disdetta poteva essere presa in considerazione dal Gestore soltanto se inviata tramite racc. a/r. da parte dell'utente.

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

- i. La corresponsione della somma di euro 715,00 a titolo di indennizzo ai sensi dell'art. 8 dell'allegato A Del. n. 73/11/CONS.

2. La posizione dell'operatore Fastweb

La società Fastweb rappresentava l'indeterminatezza della circostanza dell'esercizio di disdetta, così come riferita dall'utente, non risultando nemmeno il giorno del presunto mese di aprile 2013 in cui la stessa sarebbe avvenuta. Pur essendo stato richiesto all'utente in più occasioni, da ultimo all'udienza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, di produrre la disdetta di aprile della quale si lamenta la mancata lavorazione, ciò non è avvenuto, risultando agli atti del gestore unicamente la disdetta scritta di settembre 2013, esercitata mediante A/R. (depositata in atti)

Oltre alla mancata prova da parte dell'utente dell'invio del recesso, non risultano nemmeno reclami per contestare la mancata chiusura del contratto

Da ultimo, non era chiaro a quali servizi non richiesti si riferisse l'utente, posto che si trattava solo della continuazione della somministrazione di servizi in forza del contratto vigente, fino a settembre 2013, epoca della disdetta effettiva. In esito a quest'ultima il contratto era cessato il 9.10.2013.

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.

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

Premesso che non può essere considerata valida una disdetta effettuata telefonicamente per la evidente ragione che essa non consentirebbe al Gestore di verificare l'effettiva identità dell'utente e, dunque, di accertare l'effettiva volontà di quest'ultimo in ordine all'interruzione del rapporto contrattuale, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama all'uopo 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.

Considerata la difesa dell'Associazione di Consumatori incentrata sulla presunta efficacia della disdetta orale e sulla libertà di forma del recesso desumibile dall'art.1373 c.c., si rende necessario premettere quanto segue.

Il recesso è l'atto con il quale una delle parti può sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale, in deroga al principio sancito dall'art. 1372 c.c. secondo il quale il contratto può essere sciolto solo per mutuo consenso o per le altre cause ammesse dalla legge.

La disciplina generale del recesso è prevista dall'art. 1373 c.c., ma esistono anche diverse previsioni legislative che concedono tale diritto ad una o ad entrambi i contraenti, limitandolo o configurandolo in maniera più ampia (ad esempio il recesso nella disciplina del codice del consumo oppure le ipotesi previste con riferimento ai singoli contratti di vendita, di somministrazione, di appalto, ecc.).

Il recesso unilaterale dal contratto ex art. 1373 c.c., lungi dal costituire una facoltà normale per i contraenti, presuppone "che essa sia specificamente attribuita per legge o per clausola contrattuale" (Cass. n. 987/1990).

E' proprio da tale fonte normativa che sorgono pertanto le numerose ipotesi di recesso "legale", in cui la possibilità di recedere è espressamente prevista dalla legge per tutta una serie di singoli contratti (ad es. somministrazione a tempo indeterminato, affitto, appalto, trasporto, mandato, commissione, spedizione, deposito, comodato, d'opera, ecc...).

In particolare, nei contratti per adesione stipulati con operatori di reti televisive, il diritto di recesso è previsto dalla legge n. 40/2007, che ha convertito, con modifiche, il decreto legge n. 7/2007, e precisamente l'articolo I, comma 3, secondo il quale "*I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni*".

Nell'alveo normativo della legge, si inserisce quindi la clausola contrattuale contenuta nelle condizioni di abbonamento Fastweb : "Articolo 16 – Durata del Contratto – Recesso 16.1 Il Contratto Fastweb avrà efficacia dalla data della sua conclusione e sarà a tempo indeterminato. Ciascuna delle Parti avrà facoltà di recedere dal Contratto in qualsiasi momento mediante comunicazione scritta da inviarsi a mezzo di lettera raccomandata A/R, allegando il proprio documento d'identità, con un preavviso di almeno 30 (trenta) giorni..... " Come pure successive disposizioni contrattuali disciplinano le altre figure tipiche di recesso legale (recesso da offerte promozionali , recesso da contratti a distanza o fuori dai locali commerciali ecc)

3.1 Sulla mancata lavorazione della disdetta e sull'illegittimo addebito di somme non dovute.

L'utente ha affermato di avere inoltrato disdetta per via telefonica alla quale, nonostante le rassicurazioni iniziali, il gestore non avrebbe dato seguito continuando a prelevare su un conto corrente, peraltro, diverso da quello al quale era associato il RID per quel contratto.

La disdetta effettuata telefonicamente non può essere considerata valida in quanto non consentirebbe al Gestore di verificare l'effettiva identità dell'utente e dunque di accertare l'effettiva volontà di quest'ultimo in ordine all'interruzione del rapporto contrattuale. Vero è che la disdetta del contratto ha lo scopo di impedire la prosecuzione del rapporto e costituisce un atto negoziale e recettizio, disciplinato dagli articoli 1334 e 1335, Codice civile, che si presume conosciuto dal destinatario nel momento in cui è recapitato al suo indirizzo e non nel diverso momento in cui ne prende effettiva conoscenza. Tuttavia è altrettanto vero che il mezzo scelto dall'istante non assicura nemmeno la prova che l'atto sia pervenuto nella sfera di conoscibilità del destinatario. Prova questa che può essere raggiunta non solo attraverso la racc. a/r ma anche mediante tutti quei mezzi equipollenti quali, ad esempio, la posta elettronica certificata, il telegramma, la raccomandata a mani eccetera, che assicurano quanto meno che la dichiarazione si è entrata nella sfera di conoscibilità del destinatario.

L'aver effettuato una disdetta telefonicamente denota una condotta quantomeno negligente da parte dell'utente nella gestione del rapporto contrattuale; negligenza che non l'ha indotto a dare formale disdetta con i requisiti previsti per legge per la sua efficacia, nemmeno in occasione della verifica dei successivi prelievi avvenuta, sempre a detta dell'utente, solo "alcuni mesi dopo".

La disdetta effettuata così come dedotta dall'istante non potrebbe, dunque, ritenersi valida ed efficace per produrre tutti quegli effetti giuridici ricollegabili alla cessazione del rapporto con il Gestore tra i quali, in primis, l'interruzione del RID.

E pertanto in funzione di tale evidente esigenza di certezza del diritto e per evitare situazioni quale quella odierna, adita davanti a quest'Autorità, che interviene la disciplina legale speciale e, di conseguenza, le conformi previsioni contrattuali.

Ad abundantiam va ribadito che, non avendo l'utente minimamente assolto l'onere di allegazione dei fatti oggetto di contestazione, la domanda di restituzione degli indebiti non avrebbe comunque potuto essere accolta.

Rispetto ai prelievi contestati dall'utente, infatti, quest'ultimo non ha specificato a quanto ammontassero né fino a quale data essi sarebbero stati effettuati né prova di averli pagati..

La lacunosa descrizione dei fatti, impedisce qualsiasi valutazione anche in ordine alla richiesta di indennizzo per la quale l'utente ha quantificato la somma di euro 715,00 senza indicare quale fosse il periodo di tempo preso in considerazione.

Occorre, tuttavia, chiarire come l'eventuale addebito di somme non dovute, seppur dedotto ma non quantificato in atti, avrebbe giustificato il diritto dell'utente ad ottenere il rimborso delle stesse e, non come erroneamente richiesto da quest'ultimo, il riconoscimento di un indennizzo per l'attivazione di servizi non richiesti.

Alla luce di quanto sopra esposto, dunque, non può essere accolta la richiesta di indennizzo avanzata dall'istante e quantificata in euro 715,00.

4. 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 della temerarietà della lite, si ritiene congruo compensare integralmente 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. Rigetta l'istanza del sig. xxx Spinelli nei confronti della società Fastweb xxx.
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, 21 luglio 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto

