

DETERMINA Fascicolo n. GU14/101165/2019**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXX G. - Fastweb SpA****IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA**

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”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS; VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018; VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com); VISTA la delibera n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”, di seguito "Regolamento Indennizzi";

VISTA l’istanza dell’utente XXXXXX G., del 22/03/2019 acquisita con protocollo n. 0127362 del 22/03/2019

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante Con l’istanza di definizione l’istante, signor G. XXXXX, ha lamentato: “In data 19 gennaio 2018 ho inviato a Fastweb spa, tramite Pec, il reclamo per fatturazione a 28 giorni illegittima come da delibera AgCom 121/17/CONS. Preciso che il 27 marzo 2018 si è conclusa la migrazione verso altro operatore. In relazione al suddetto reclamo, non ho ricevuto nessun riscontro. Il 31 gennaio 2019 è stato prodotto il verbale di mancato accordo relativamente alla controversia UG/46137/2018. Richieste: in attesa della decisione definitiva da parte del Consiglio di Stato, chiedo il rimborso delle somme pagate ingiustamente

relativamente alle fatture indicate e allegare al procedimento di conciliazione (controversia UG/46137/2018); un indennizzo per la mancata risposta al reclamo inviato a Fastweb in data 19 gennaio 2018

2. La posizione dell'operatore Si costituiva FASTWEB SPA deducendo che: "Fastweb, contesta tutte le affermazioni e deduzioni contenute nell'istanza di definizione e si oppone alle richieste avversarie per le seguenti ragioni: l'istante lamenta la fatturazione a 28 giorni richiedendone il rimborso. In via preliminare si eccepisce l'improponibilità e l'improcedibilità della domanda e comunque la cessazione della materia del contendere. La pronuncia richiesta consiste, in buona sostanza, nel ripristino delle condizioni contrattuali originariamente sottoscritte dal sig. XXXXXX e mira a porre nel nulla le modifiche unilaterali apportate dal Gestore nell'esercizio dello ius variandi ad esso attribuito e accettate dall'utente mediante il mancato esercizio del diritto di recesso. L'art. 19 comma 4 del regolamento approvato con Delibera 173/17CONS e s.m.i. delimita l'ambito delle competenze del Corecom e stabilisce che. "4. L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità". Il Corecom, in sostanza, ha ricevuto delega di funzioni ed è dunque competente a pronunciarsi in ipotesi ben delineate e che consistono: a) nella condanna a corrispondere rimborsi di somme non dovute; b) indennizzi nei casi previsti dal contratto o dalle carte dei servizi ovvero nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere AGCOM. Nel caso attuale, la pretesa dell'istante consiste anche nella richiesta di un intervento inteso alla modifica delle condizioni contrattuali in essere. Questo tipo di pronuncia esula dall'ambito di competenza del Corecom, al quale non è assegnato alcun potere autoritativo idoneo ad incidere, modificandole, sulle condizioni contrattuali in vigore. Né vi sono disposizioni del contratto, della Carta dei Servizi ovvero specifiche disposizioni normative o emanate dall'Autorità che possano costituire idonea fonte di un diritto a ricevere un indennizzo. Manca in buona sostanza qualunque riferimento giuridico vincolante idoneo a fondare la pretesa dell'utente e in ordine al quale l'Autorità possa esercitare i propri poteri di accertamento e condanna. Ancora in via preliminare occorre evidenziare alcune circostanze: 1) nelle more è cessata la materia del contendere, perché la materia oggetto della procedura è oggi disciplinata dall'art. 19 quinquiesdecies del D.L. 16.10.2017 n. 148, introdotto dalla legge di conversione n. 172/2017, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 5 dicembre 2017; 2) Fastweb, pur contestando, la delibera AGCOM che parte istante assume violata, allo scopo di evitare sanzioni amministrative e danni di immagine, ha avviato il processo di conversione, che è irreversibile, finalizzato ad applicare alle proprie offerte periodicità di fatturazione e di rinnovo mensili; la norma, contenuta, nella Legge Finanziaria n. 172/2017 contempla un regime transitorio per consentire agli operatori di adeguarsi pari a 120 giorni dalla pubblicazione. Ed ancora, si chiede dichiararsi cessata la materia del contendere, posta la Delibera 269/18/CONS, con il quale l'AGCOM ha differito al 31 dicembre 2018 il termine di adempimento delle delibere 112/18/CONS, 113/18/CONS, 114/18/CONS, 115/18/CONS, con conseguente congelamento delle pretese istanti fino alla suddetta data. Si precisa che i gestori telefonici, tra questi anche Fastweb, hanno depositato ricorso presso il Consiglio di Stato, che ha immediatamente sospeso in via cautelare sia la sentenza del TAR Lazio che qualsivoglia delibera dell'Agcom sino alla decisione e conclusione del procedimento. Con ordinanza del 19 marzo 2019 il Consiglio di Stato ha rinviato, conservando il provvedimento di sospensione cautelare, al 21 maggio 2019 per il merito. Nel merito si fa presente che le modifiche alle condizioni contrattuali in discorso sono state apportate, conformemente a quanto previsto dalle Delibere 519/15/CONS e 252/16/CONS e quindi nel pieno rispetto dei principi di trasparenza informativa e comparazione tariffaria. Nella descrizione dei fatti, oltretutto manca ogni riferimento non solo normativo ma anche descrittivo della fattispecie, limitandosi l'istante a chiedere il rimborso di quanto versato in più oltre ad un indennizzo per mancata risposta reclamo. Oltretutto, l'istante ha sottoscritto il contratto per attivazione dei servizi con Fastweb nel mese di luglio 2017 (servizi attivati in data 27 luglio 2017) ed al momento della sottoscrizione del contratto era già attiva la fatturazione a 4 settimane. Fastweb ha diffuso idonee comunicazioni all'utenza con le modalità di cui alla delibera 519/15/CONS, comunicando ai sensi e per gli effetti dell'art. 70, co. 4 del D.lvo 259/03 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), che dispone "Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore ad un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso" e delle condizioni generali di contratto che, a fronte dell'evoluzione delle condizioni di mercato e per continuare ad offrire un servizio competitivo e

completo, a partire dal 1° maggio 2017, i servizi e le promozioni su base mensile si sarebbero rinnovati ogni 4 settimane. In via generale, ed anche nel caso concreto come innanzi dimostrato Fastweb ha comunicato ai propri abbonati il diritto di recedere dal contratto o passare ad altro operatore senza penali, costi di disattivazione né restituzione degli importi relativi alle promozioni già godute nel termine di trenta giorni dalla ricezione della comunicazione. L'informativa veniva offerta, oltre che in fattura, anche con annotazione in apposita sezione sul portale MyFastPage (MFP), sul sito internet istituzionale e mediante pubblicazione sui quotidiani Sole 24 Ore e Corriere della Sera. Il sig. XXXXXXXXX aveva piena contezza della cadenza di fatturazione quadri settimanale avendo sottoscritto il contratto in un momento di vigenza di tale modalità di fatturazione. Si rileva, infine ed in ogni caso, che gli importi fatturati sono pienamente legittimi, non essendo essi mai stati messi in discussione da AGCOM, che non ha mai chiesto agli operatori di ridurre il prezzo fatturato o di non praticare aumenti tariffari ma solo di esporre e fatturare il prezzo su base mensile per assolvere ad obblighi informativi ed assicurare la comparabilità dei prezzi, tutto questo inalterata la possibilità di praticare aumenti tariffari nell'esercizio dello ius variandi riservato all'operatore. Fastweb ha diffuso idonee comunicazioni all'utenza con le modalità di cui alla delibera 519/15/CONS, comunicando ai sensi e per gli effetti dell'art. 70, co. 4 del D.lvo 259/03 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), che dispone "Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore ad un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso". In ogni caso, Fastweb nella fattura emessa il 22.03.2018 avvisava l'istante che a far data dal 5 aprile 2018, gli importi delle offerte sarebbero stati calcolati su base mensile. Sulla richiesta di euro 50,00 forfettaria ed euro 1,00 al dì, si richiede di conoscere quale sarebbero gli interventi dell'AGCOM tesi a riconoscere tale indennizzo e/o rimborso, visto che nelle delibere AGCOM, ormai, nel massimo si legge solo di storno su eventuali fatture di prossima emissione; storno da commisurare ai giorni erosi dalla eventuale illegittima fatturazione a 28 giorni, se accertata dal Consiglio di Stato. Si ricorda che il contratto è stato chiuso in data 27 marzo 2018. Nel nostro caso sarebbero giorni 3 per il mese di ottobre 2017, giorni 2 per il mese di novembre 2017, giorni 3 per il mese di dicembre 2017, giorni 3 per il mese di gennaio 2018 e giorni 3 per il mese di marzo 2018, per un totale di eventuali giorni erosi pari a giorni 14 (praticamente mezza mensilità). Per cui la richiesta di euro 232,50 non potrà trovare accoglimento. Per quanto concerne la lamentata risposta al reclamo, inviato con PEC il 19 gennaio 2018, Fastweb ha risposto il 09.02.2018. Illegittimità delle Delibere AGCOM n. 121/17/CONS e della successiva n. 500/17/CONS oggetto di impugnativa. La pronuncia del Consiglio di Stato sulla legittimità delle delibere AGCOM impuginate, per come esposto innanzi, ha carattere pregiudiziale rispetto alla domanda formulata dall'odierno istante, questa, infatti, presuppone indefettibilmente la validità della delibera. Si ribadisce, infine, quanto scritto nella eccezione svolta in via preliminare: si chiede dichiararsi cessata la materia del contendere, posta la Delibera 269/18/CONS, con il quale l'AGCOM ha differito al 31 dicembre 2018 il termine di adempimento delle delibere 112/18/CONS, 113/18/CONS, 114/18/CONS, 115/18/CONS, con conseguente congelamento delle pretese istanti fino alla suddetta data. Si chiede pertanto al CORECOM LAZIO di non pronunciarsi sulla domanda proposta dall'istante fino a quando il Consiglio di Stato non avrà stabilito se le delibere impuginate siano o meno legittime, disponendo idonea sospensione del presente procedimento e in ogni caso, per i motivi tutti sopra esposti, di dichiarare cessata la materia del contendere giusta Delibera 269/18/CONS. L'istanza proposta non può trovare accoglimento così come è stata formulata.

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. Prima di entrare nel merito della questione si rileva anzitutto che, ai sensi dell'Art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, (L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità) l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria. Alla luce di quanto sopra espresso, le richieste avanzate dall'utente, ed aventi evidente natura risarcitoria, vengono, pertanto, rigettate. La richiesta dell'istante è da accogliere nei limiti che seguono. L'utente contesta l'asserito illegittimo aumento dei costi di fatturazione a seguito della modifica unilaterale di contratto che ha previsto il passaggio della fatturazione mensile a 28 giorni. Relativamente alla questione della fatturazione a 28 giorni l'operatore, a seguito dei

ben noti provvedimenti emessi dall’Autorità, avrebbe dovuto procedere automaticamente alla restituzione dei giorni illegittimamente erosi nei tempi e con le modalità stabilite dall’Autorità medesima. Il Consiglio di Stato (00879/2020), per quanto riguarda il tema della fatturazione a 28 giorni, ha definitivamente confermato quanto già stabilito dalla delibera Agcom n. 499/17/CONS, in cui si constatava che le offerte di telefonia fissa, incluse quelle convergenti, presentavano una cadenza di rinnovo e una periodicità della fatturazione diversa dalla base mensile e pertanto si stabiliva la restituzione delle differenze derivanti dalla modifica del ciclo di fatturazione, da calcolarsi secondo il criterio dei cosiddetti “giorni erosi”. Da quanto sopra ne deriva che con riferimento all’utenza fissa, la richiesta di restituzione delle differenze derivanti dalla modifica del ciclo di fatturazione, da calcolarsi sulla base dei cosiddetti “giorni erosi”, deve essere accolta, atteso l’obbligo di fatturazione su base mensile imposto agli operatori a partire dal 23 giugno 2017 in base alla delibera Agcom n. 252/16/CONS, come modificata dalla delibera Agcom 121/17/CONS. Pertanto, considerato che nel caso di specie non è applicabile il meccanismo stabilito con la delibera Agcom 115/18/CONS, poiché l’utente nelle more della decisione della controversia ha cessato il contratto con l’operatore convenuto, il rimborso non può che essere effettuato in forma monetaria, moltiplicando il “canone giornaliero” per il numero di giorni erosi “nel periodo di riferimento” (ovvero il periodo per il quale l’utente è stato cliente dell’operatore nell’intervallo di tempo che va dal 23 giugno 2017 al 5 aprile 2018) utilizzando la seguente formula di calcolo: canone mensile x 12/365x n° di giorni erosi. I giorni erosi dal 27 luglio 2017 al 27 marzo 2018 ammontano a 16 giorni. L’istante chiede l’indennizzo per la mancata risposta al reclamo inviato con Pec il 19 gennaio 2018, l’operatore negli atti difensivi riportava la risposta scritta effettuata il 09 febbraio 2018, entro i 45 giorni dal ricevimento della richiesta, come previsto dall’art. 8, comma 4 della delibera Agcom 179/03/CSP; pertanto, la richiesta dell’utente viene rigettata. 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, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, si ritiene congruo liquidare l’importo di 50,00 € a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e di definizione.

DETERMINA

- Fastweb SpA, in accoglimento dell’istanza del 22/03/2019, è tenuta a pagare in favore dell’istante, la somma di € 50,00 a titolo di spese di procedura, nonché a rimborsare l’istante mediante la restituzione dei “giorni erosi”, determinati in 16 giorni, secondo il criterio fornito in premessa. 2. La società Fastweb SpA è tenuta a comunicare a questa Autorità l’avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell’Autorità, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall’articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell’articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell’Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura
Roberto Rizzi