

DELIBERA DL/033/15/CRL/UD del 30 marzo 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

F. B. / FASTWEB xxx

(LAZIO/D/711/2013)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 30 marzo 2015;

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 F. B., presentata in data 11.11.2013;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

Il Signor F. B. all’esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente procedimento affermando di avere aderito, a metà giugno 2013, ad una offerta telefonica di FASTWEB relativa all’attivazione di una utenza voce+adsl conclusa con registrazione telefonica.

Al riguardo l’istante lamenta:

- la mancata attivazione dei servizi richiesti;
- la mancata gestione, da parte dell’operatore, dei reclami.

L’Istante, pertanto, richiede:

- a) l'attivazione immediata dei servizi richiesti ;
- b) l'irrogazione della sanzione ex Art. 2, comma 20, lett. c, Legge 481/95 per mancato riconoscimento indennizzi automatici;
- c) l'applicazione dell'Art. 3 del Regolamento Indennizzi, la mancata attivazione dei servizi, richiedendo un indennizzo quantificato in € 2.430,00;
- d) l'applicazione dell'Art. 11 del Regolamento Indennizzi, la mancata risposta ai reclami, richiedendo un indennizzo quantificato in € 142,00;
- e) la refusione delle spese di procedura quantificate in € 300,00.

2. La posizione del gestore Fastweb

Con la propria memoria difensiva FASTWEB evidenzia:

- di aver raccolto l'adesione telefonica del Signor B. in data 14 giugno 2013;
- di non aver potuto concludere la procedura a causa di una cancellazione tecnica e di aver provveduto ad informarne l'Utente anche in sede di conciliazione;
- di non aver proceduto ad alcuna fatturazione;
- di avere offerto, in sede di conciliazione, l'indennizzo di € 375,00 calcolato in base alla propria Carta dei Servizi;
- di ritenere inammissibile l'istanza di definizione proprio in base a tale offerta rifiutata dall'Utente, ex Art. 2.1 Regolamento Indennizzi;
- di non aver ricevuto alcun reclamo scritto dall'Utente;
- di offrire, comunque, un indennizzo di € 400,00.

Il Gestore chiede, in ogni caso, il rigetto delle richieste avanzate dall'Utente.

3. Motivi della decisione

L'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Non è accoglibile infatti l'eccezione di inammissibilità dell'istanza di definizione in applicazione di quanto stabilito dall'art.2, comma 1 dell'Allegato A alla delibera n.73/11/CONS in relazione all'impegno verbalizzato dal gestore all'udienza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, a corrispondere gli indennizzi contrattuali secondo le modalità ivi indicate.

Osta infatti la mancata prova, nel procedimento di definizione, in ordine alla reale avvenuta corresponsione di detto indennizzo all'esito del procedimento conciliativo medesimo; rileva in proposito quanto chiarito dalla Delibera n.276/13/CONS ("*Linee Guida.....*") : "*ai fini dell'applicazione dell'art. 2.1..... tale offerta non può esaurirsi in una mera proposta, ma deve corrispondere alla verbalizzazione di un reale e concreto impegno a corrispondere le somme previste. Ne dicende che, in fase di decisione della controversia, l'operatore deve essere in grado di dimostrare di aver dato seguito a quell'impegno, dimostrando di aver corrisposto gli indennizzi contrattuali*".

Nel merito, osta viepiù, la non congruità dell'offerta calcolata in base ai parametri contrattuali rispetto al periodo indennizzabile ed al numero di servizi interessati dall'inadempimento contrattuale.

Non è altresì ammissibile la richiesta dell'utente di irrogazione nei confronti di H3G delle sanzioni previste dal combinato disposto dall'Art. 2 c. 20 lett. c) della Legge 481/95 e dall'Art. 2 della Delibera 73/11/CONS.

La disposizione invocata dall'utente si riferisce a poteri attribuiti all'AGCOM normativamente e funzionalmente distinti da quelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie oggetto di delega territoriale, rientrando nell'ambito delle funzioni istituzionali di controllo attribuite alle singole Autorità di regolazione (AGCOM, Antitrust, Energia etc. etc.).

Ferma l'assorbimento dell'argomentazione di cui sopra si rappresenta, per mera esigenza chiarificatrice sull'ulteriore strumento di tutela a disposizione dell'utente ai sensi della norma invocata, quanto segue:

b) l'obbligo di corresponsione degli indennizzi automatici stabilito dall'Art. 2 della Delibera 73/11/CONS deve essere riferito ad indennizzi riguardanti esclusivamente disservizi relativi a ritardata attivazione, sospensione o cessazione del servizio ex artt. 3.1 e 4 del Regolamento Indennizzi;

c) gli indennizzi devono essere contrattualmente previsti e devono risultare, quindi, dalle Condizioni Generali di Contratto e/o dalla Carta dei Servizi.

d) devono essere, inoltre, accertati dal Gestore entro 45 giorni dalla ricezione di una specifica segnalazione di disservizio del Cliente.

Vale dunque la pena sottolineare che, nel caso in esame, l'unica circostanziata segnalazione è stata inoltrata in data 1 settembre 2013 e la procedura di conciliazione è stata introdotta dall'utente con il formulario UG in data 6 settembre 2013, quando i 45 giorni a disposizione del gestore non erano ancora trascorsi.

E' inoltre inammissibile la domanda dell'utente di attivazione immediata dei servizi, essendo i poteri dispositivi dell'organo adito limitati dall'art.19, comma 4 della Del. N.173/07/CONS e s.m. alla condanna dell'operatore ad effettuare rimborsi o al pagamento di indennizzi in esito all'accertamento di corrispondenti inadempimenti contrattuali.

Sulla mancata attivazione dei servizi.

La domanda del Signor F. B. è fondata, anche se non esattamente nel quantum dallo stesso richiesto, per le motivazioni che seguono.

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 più recentemente 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.

Negli atti del presente procedimento l'operatore non ha provato, ma solo dichiarato, di avere comunicato all'istante l'impossibilità di attivazione dell'utenza fissa; fatto accertabile dunque, non prima dell'udienza di conciliazione. Non risulta infatti dalle schermate Eureka depositate, alcun contatto col cliente, peraltro espressamente contestato, successivo alla riscontrata causale "nessuna tecnologia disponibile" registrata a sistema.

L'omessa informativa, di per sé, integra violazione dell'art.3, comma 2 della delibera n.73/11/CONS, oltre che del principio di buona fede di cui all'Art. 1375 del Codice Civile che si sostanzia nei doveri di avviso, informazione, solidarietà e protezione che, vista la natura professionale dell'Operatore, deve essere interpretato con particolare rigore.

Per tutto quanto sopra considerato, nel caso di specie, non è possibile esonerare FASTWEB dalla responsabilità per la mancata attivazione dell'utenza dell'Istante.

Ne consegue che va riconosciuto a carico dell'operatore ed in favore dell'utente un indennizzo per la mancata attivazione dell'utenza fino al momento in cui l'istante ha avuto la comunicazione di impossibilità tecnica da parte dell'operatore, cioè all'udienza di conciliazione del 29/10/2013.

Per quanto riguarda il termine iniziale dal quale computare l'indennizzo, si devono considerare le Condizioni Generali di Contratto che, all'Articolo 6, dispongono: *"I Servizi saranno attivati da Fastweb entro 30 (trenta) giorni dall'esito positivo delle verifiche tecniche che avverranno entro 30 (trenta) giorni dalla ricezione da parte di Fastweb della Proposta. Pertanto, il tempo massimo per l'attivazione del Servizio, in caso positivo delle verifiche tecniche, sarà di 60 (sessanta) giorni che decorrono dalla ricezione da parte di Fastweb della Proposta sottoscritta dal Cliente"*.

Nel caso di specie Fastweb riceve la proposta telefonica del cliente in data 14 giugno 2013, non avendo dimostrato il gestore di aver assolto gli obblighi informativi previsti dalla Delibera n.664/06/CONS in una fase distinta/successiva.

Applicando la suddetta disposizione al caso in esame, i servizi oggetto del contratto avrebbero dovuto essere attivati entro e non oltre il 13 agosto 2013.

Pertanto, in applicazione dell'art. 3, c. 2, del Regolamento, l'indennizzo è calcolato per il periodo compreso tra il 13/08/2013 ed il 29/10/2013 per l'importo di € 1.155,00 .

Sulla richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami.

La domanda del Signor F. B. è infondata per le motivazioni che seguono.

L'Istante afferma di aver contattato più volte il Servizio Clienti FASTWEB, ma fornisce un unico riferimento certo, la telefonata del 1 settembre 2013 con l'operatore "9034".

Ai sensi dell'Art. 24 delle Condizioni Generali di Contratto, FASTWEB si impegna a rispondere entro 30 giorni ai reclami del Cliente, che devono essere comunicati in forma scritta.

La procedura di conciliazione risulta intrapresa dall'Istante in data 6 settembre 2013, quando il termine contrattuale suindicato non era ancora trascorso.

4) Sul rimborso delle spese per la procedura

Per quanto concerne le spese di procedura, 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 100,00 considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento;

DELIBERA

Articolo 1

1. Accoglie parzialmente, nei termini esposti in motivazione, l'istanza presentata dal sig. F. B. in data 11 novembre 2013.

2. La società FASTWEB xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

- € 1.155,00 (mille centocinquantacinque/00) per mancata attivazione dei servizi oggetto del contratto;

3. E' fatta salva per l'utente la possibilità di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'Articolo 11 comma 4 della Delibera n. 179/03 CSP.

4. Ai sensi dell'Art. 19, comma 3, della Delibera n. 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'Articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259.

5. La Società FASTWEB xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

6. Ai sensi dell'Articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del Processo Amministrativo, approvato con decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

7. Ai sensi dell'Articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

8. La presente delibera è comunicata alle Parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom.

Roma, 30 marzo 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto