

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Deliberazione n. 23 del 12 marzo 2018

Sono presenti i componenti del Comitato:

ZANELLA	Federica	Presidente (<i>assente – sospesa</i>)
BOSCAGLI	Giulio	Vice Presidente
SAVOINI	Gianluca	Vice Presidente
BORELLA	Diego	
ROLANDO	Stefano	(<i>assente giustificato</i>)

Oggetto: Definizione della controversia XXX/ Fastweb S.p.a.

La struttura proponente:

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la L. 31 luglio 1997, n. 249, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, in particolare l'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14;

VISTA la L. 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*;

VISTO il D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la l.r. 28 ottobre 2003, n. 20, *Istituzione del Comitato regionale per le comunicazioni*, in particolare l'art. 10;

VISTA la propria Del. 28 ottobre 2004, n. 5 *Approvazione del regolamento interno del Comitato regionale per le Comunicazioni della Lombardia*;

VISTA la propria Del. 7 novembre 2013, n. 63, *Regolamento interno del Co.Re.Com.*;

RICHIAMATO 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 Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 21 novembre 2017;

VISTO il testo della Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Co.Re.Com. Lombardia, sottoscritta in data 29 dicembre 2017;

VISTA la Del. A.G.Com. 179/03/CSP, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*;

VISTA la Del. A.G.Com. 19 aprile 2007 n. 173/07/CONS, *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito "Regolamento") come modificata, da ultimo, dalla Del. A.G.Com. 597/11/CONS;

VISTA l'istanza protocollata in data 26 novembre 2015 con cui XXX ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. Lombardia per la definizione della controversia in essere con l'operatore Fastweb S.p.a., ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

VISTA la proposta di decisione del dirigente dell'Ufficio ai sensi dell'art. 19 del *Regolamento*;

CONSIDERATO quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Con l'istanza protocollata in data 26 novembre 2015 ai sensi degli art. 14 e ss. del *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*, di cui alla Delibera n.173/07/Cons emanata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti A.G.Com.), XXX. ha chiesto l'intervento del Co.Re.Com. al

fine di dirimere la controversia con Fastweb S.p.a. (d'ora in avanti Fastweb) avente ad oggetto contestazioni relative a servizi di telefonia mobile.

1. La posizione dell'istante

La parte XXX, nell'istanza di definizione, ha rappresentato quanto segue:

- "La tentata vendita telefonica non registrata ha sempre fatto riferimento ad un terminale diverso da quello della registrazione incalzante ed anche il seguito alla registrazione l'addetta dell'agenzia ha garantito trattarsi di un terminale "Galaxi 3" e non di un "Trend lite". Ho rappresentato a Fastweb l'irregolarità al ricevimento del terminale entro i termini del recesso ma mi sono state prospettate differenti soluzioni a seconda dell'interlocutore fino alla scadenza del diritto stesso ma sempre con la conferma che Fastweb ha assecondato (sua facoltà non approvarlo) l'operato dell'agenzia e mi invia copia della registrazione a conferma di ciò.
- Il contratto stampato inviatomi per posta per firma e restituzione è però differente da quanto risulta nella registrazione per la parte inerente i minuti e sms disponibili per l'importo concordato.
- E' stata inoltre violata la Privacy con comunicazioni telefoniche e l'invio di e-mail all'account di mia moglie.
- Nelle cattiva volontà resto senza il cellulare e il suo uso per 55 giorni ma la posizione di Fasweb è di non ammettere alcun errore perché le penali comminate in questo caso hanno un massimale di 50 € e poi gli utenti desistono prima e il gestore telefonico riesce lo stesso ad avere dividendi azionari".

Per quanto sopra esposto XXX chiede:

- "Di quantificare il valore del mancato uso del cellulare (un bene inserito nel paniere ISTAT) diversamente da quanto previsto in un regolamento desueto per 55 giorni
- Di quantificare il danno e le spese da me sostenute in quasi un anno di controversia (scrivo l'ultimo giorno utile con un polso rotto) compresa l'iscrizione all'associazione dei consumatori che è incaricata di tentare una conciliazione.
- Di quantificare a mio vantaggio economico le pratiche commerciali scorrette o non chiare"

Successivamente la parte XXX, con la memoria integrativa protocollata in data 13.1.2016, tempestivamente depositata, ha rappresentato quanto segue:

- "L'eccezione di inammissibilità è da rigettare in quanto, superate le difficoltà tecniche (stampante e scanner), inoltro GU14 firmato.
- La ricostruzione dei fatti non tiene conto di tutte le comunicazioni tra le parti (all. 2F e 3F) con le mie comunicazioni del 6/11/14 e successive con XXX e XXX (che dimostrano anche il mancato rispetto della privacy) e che evidenziano un riconoscimento della "non correttezza" del rivenditore XXX e il tentativo di una soluzione utile.
- Le telefonate dei call centers vengono registrate anche per motivi di controllo interni e al di fuori della registrazione del contratto, nel contesto della conversazione l'operatrice XXX ha sempre risposto Sì alle mie precisazioni in merito al Galaxy 3 come terminale proposto. Una verifica dell'operato dello stesso operatore potrebbe chiarire se la tentata vendita del Galaxy 3 invece del "Trend lite" non sia avvenuta anche con altri utenti, giocando sull'assonanza del nome.
- Fastweb pur avvisata di ciò ha confermato la validità del contratto proposto dall'agenzia.
- Per quanto concerne l'inserimento del SIM nel terminale e l'utilizzo del servizio rispondo che non ero in possesso di altro terminale utile e l'apertura della confezione del modello errato sarebbe stata considerata accettazione dello stesso nell'impossibilità di una restituzione con "imballo integro".
- Per quanto concerne l'azzeramento della posizione debitoria contesto con l'evidenza degli allegati 5 e 6 presentati dalla controparte dove si evidenziano "abbonamenti anticipati da

1/4/2015 a 31/5/2015 (quando dal 28/4/2015 ho cambiato gestore telefonico) e voci di altri costi impropri come "costi attivazione per recesso anticipato" e persino la "consegna elenchi telefonici" mai richiesti e ricevuti in precedenza per trasformare la mia posizione creditoria in debitoria.

- Per quanto riguarda il riconoscimento danni rimando nuovamente ad ogni singola voce riportata al punto II del formulario GU 14 oggetto della controversia e chiedo per la quantificazione di 56 giorni senza l'uso del cellulare (nel paniere ISTAT) di commisurarli al danno che ne avrebbe avuto il responsabile legale di Fastweb aggiungendo inoltre un nulla osta alla massima diffusione della decisione che sarà presa in merito a questa controversia e la liberatoria da parte della controparte alla pubblicazione di tutta questa vicenda a mezzo editoria e/o nuovi mezzi di comunicazione (già pronta per la pubblicazione ma ora in forma anonima)".

2. La posizione dell'operatore

- Fastweb, nella memoria ritualmente depositata e nel corso dell'udienza di discussione, ha dichiarato quanto segue:
- In via preliminare parte resistente eccepisce l'inammissibilità dell'istanza in ragione dell'omessa sottoscrizione della stessa ai sensi dell'art. 14.3 della Delibera 173/07/cons "L'istanza con cui viene deferita all'Autorità la risoluzione della controversia deve essere inoltrata alla Direzione con le modalità di cui all'articolo 7, comma 3 e deve rispondere a tutti i requisiti di cui al medesimo articolo". Il richiamato articolo 7, comma 3 prevede "L'istanza, a pena di inammissibilità, è sottoscritta dall'utente".
- Dal modello GU14 depositato dal Sig. XXX si evince chiaramente che lo stesso non è sottoscritto dall'istante, bensì nella sezione destinata alla firma è stato inserito al computer, con un carattere di stampa simile ad una sottoscrizione, il nome ed il cognome dell'istante. Tale differenza risulta evidente se si compara l'asserita firma apposta all'istanza GU14 con la firma presente nel documento di identità allegato dal Sig. XXX.
- In fatto, senza che ciò implichi rinuncia alcuna alla pregressa eccezione preliminare, l'istante lamenta, a suo dire, la vendita scorretta di un cellulare Samsung Galaxy Trand Lite in luogo di un modello Samsung Galaxy 3, nonché di essere rimasto privo del servizio di telefonia mobile per 55 giorni. Inconseguenza di ciò, chiede un indennizzo ed il risarcimento del danno.
- Controparte, già titolare del contratto codice cliente XXX, in data 20.10.2014, mediante registrazione vocale, ha chiesto la portabilità dell'utenza telefonica mobile XXX.
- Dall'ascolto della predetta registrazione si evince chiaramente che al momento della conclusione del contratto l'istante ha richiesto un terminale Samsung Galaxy Trend Lite, correttamente inviato da Fastweb in data 12.12.2014.
- Inoltre, da verifiche successive, Fastweb ha appurato che l'assenza del servizio mobile è dipesa dal mancato inserimento della USIM nel terminale richiesto in fase di vendita, quindi per causa non imputabile a Fastweb.
- Inoltre, a seguito del reclamo telefonico del cliente, con cui lamentava l'asserita errata vendita, Fastweb ha riscontrato l'istante con mail del 12.12.2014 con cui ha inviato la predetta registrazione vocale e ha informato l'istante dell'infondatezza del reclamo.
- Nella successiva mail del 19.12.2014, Fastweb ha ribadito l'infondatezza del reclamo e che il mancato utilizzo del numero mobile dipendeva solo dalla volontà del cliente.
- Nonostante l'evidenza documentale, con raccomandata inviata in data 30.12.2014, controparte ha formulato recesso dal contratto sia per la componente fissa che per la componente mobile.
- Da ultimo, Fastweb, a seguito della chiusura del contratto mobile, nella fattura emessa in data 31.3.2015 ha già effettuato uno storno pari ad € 157,92 ed in sede di conciliazione paritetica, nonostante l'infondatezza delle domande ex adverso formulate per mero spirito conciliativo e senza riconoscimento di torto alcuno, ha proposto l'azzeramento della posizione debitoria pari ad € 62,77, relativa a corrispettivi di rete fissa non oggetto di reclamo. Proposta non accettata dall'istante.
- Sulla correttezza dell'operato di Fastweb e l'inapplicabilità degli indennizzi richiesti

- Come documentalmente provato, Fastweb ha correttamente agito e alcun inadempimento è alla stessa addebitabile conseguentemente la richiesta di indennizzo formulata dall'istante per malfunzionamento del servizio dovrà essere rigettata.
- Per quanto attiene, invece, la richiesta di risarcimento del danno risulta inammissibile. Come noto, in sede di definizione della controversia non può essere riconosciuto il risarcimento del danno e "Nel caso in cui, invece, la parte richieda sia la liquidazione degli indennizzi contrattuali che dei danni, in sede di pronuncia la domanda di danni deve essere dichiarata inammissibile" ex art. III.1.3. "Istanza di risarcimento danni" dalle Linee guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche.
- Da ultimo, anche la richiesta di rimborso delle spese sostenute dovrà essere rigettata. L'art. 19, comma 6, della delibera 173/07/ CONS prevede che possono essere liquidate le spese di procedura giustificate e necessarie, secondo i criteri di equità e proporzionalità, tenendo conto del comportamento delle parti anche nel corso del procedimento di conciliazione. Al riguardo, si sottolinea che l'istante non ha indicato le spese sostenute e non ha provveduto a giustificarle né a provarle.
- Conclusivamente: tutte le richieste formulate da parte istante dovranno essere rigettate in quanto infondate in fatto ed in diritto nonché documentalmente smentite.

3. Motivazione della decisione

In via preliminare, si osserva che l'istanza, in generale, soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 *Regolamento*.

Sempre in via preliminare si ritiene infondata l'eccezione di inammissibilità sollevata da parte resistente siccome pretesamente priva di sottoscrizione, risultando quest'ultima apposta. E' da sottolineare da un lato che il combinato disposto degli artt. 14.3 e 7, comma 3 della deliberazione 173/07/ CONS non richiede espressamente la firma autografa a differenza di altre fattispecie (si veda ad. es le condizioni generali di contratto per la disdetta contrattuale). Va rilevato inoltre, che vi è alcun dubbio circa la riferibilità dell'istanza al sig XXX essendo gli atti copia del documento d'identità allegato all'istanza GU14. Successivamente, parte istante ha depositato copia del formulario GU 14 con apposta la propria firma autografa regolarizzando la propria istanza.

Sul punto è il caso di richiamare una recente pronuncia del Tar Campania che, con la Sentenza n. 1031 del 6 giugno 2017, ha deciso in modo analogo una controversia, relativa ad una gara d'appalto in cui non risultava (addirittura!) sottoscritta la domanda di partecipazione unitamente alle dichiarazioni in essa contenute.

I Giudici hanno chiarito che la nuova disciplina del "soccorso istruttorio" di cui all'art. 83, comma 9, del Dlgs. n. 50/16, ha ampliato il novero delle fattispecie "regolarizzabili", nell'intento di privilegiare gli aspetti sostanziali, rispetto agli adempimenti di natura formale, e all'evidente scopo d'ampliare e favorire la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica. Inoltre, tale nuova disciplina specifica cosa debba intendersi per irregolarità insanabili, definendole come carenze concernenti l'offerta tecnica ed economica e, più genericamente, come lacune della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. Dunque, l'irregolarità in esame, non può in nessun modo, secondo i Giudici, rientrare nel novero di quelle insanabili, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Dlgs. n. 50/16, poiché non è insanabile il semplice difetto di sottoscrizione dell'offerta se sussistono elementi coincidenti attestanti la paternità della dichiarazione. L'esclusione dall'ampio margine della sanabilità riguarda l'impossibilità di individuare il soggetto responsabile della dichiarazione.

A parere di questo Corecom i principi così chiaramente espressi dai giudici amministrativi ben si attagliano sia al caso de quo sia ai canoni interpretativi adottati nella presente procedura. Ancora in via preliminare, le richieste di parte istante che hanno contenuto risarcitorio sono in questa sede inammissibili in quanto non rientrano nell'ambito delle competenze decisorie del Corecom adito, come definite dall'art. 19 della Delibera Agcom n.173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni, ai sensi del quale: *"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"*.

Tale disposizione, unitamente alle indicazioni fornite dalla Delibera Agcom n. 276/13/CONS, delimita e circoscrive, infatti, il contenuto della pronuncia di definizione, da intendere come vincolato alla esclusiva possibilità per il CoReCom di condannare l'operatore al rimborso e/o storno di somme non dovute ed alla liquidazione di indennizzi previsti dalla regolazione vigente.

Si ritiene, in particolare, che le richieste di parte istante abbiano natura risarcitoria e, pertanto, siano di esclusiva competenza dell'Autorità Giudiziaria. Va precisato inoltre che non risulta riconoscibile alcun indennizzo "per la perdita di tempo", in quanto l'ambito di competenza di codesto Comitato risulta limitato a quanto previsto dall'art. 19, comma 4, del regolamento di procedura, nonché per il fatto che le norme applicabili al presente procedimento hanno tipizzato alcuni casi ben determinati di indennizzo, suscettibili sì di eventuale estensione o applicazione analogica, ma certamente non riconducibili a mere situazioni di "disagio" o "perdita di tempo". Per completezza si aggiunge che anche riguardo alla quantificazione dell'indennizzo il giudizio di questo organismo è vincolato agli importi individuati dalla delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011, con cui l'Autorità ha individuato i criteri per il calcolo degli indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra operatori e utenti, in modo da assicurare, a prescindere dagli operatori coinvolti nelle controversie, la corresponsione agli utenti di indennizzi identici per le stesse tipologie di disservizio.

E' da sottolineare, infine, che esula da questa procedura la questione dell'asserita violazione della normativa sulla privacy sollevata dal sig XXX per l'invio di comunicazioni ad una casella di posta elettronica riferibile alla moglie dello stesso.

Nel merito, le richieste formulate nella presente procedura non possono essere accolte poiché non vi è alcun riscontro oggettivo o documentale dell'asserita errata vendita del terminale su cui si fondano.

Esaminando la corrispondenza intercorsa tra le parti a mezzo mail non esiste alcuna conferma che l'operatore si sia in alcun modo impegnato a fornire il terminale richiesto dal sig XXX. Se effettivamente si sia perfezionato un accordo contrattuale avente un contenuto differente rispetto a quello di cui al verbal order, ritualmente depositato in atti, era onere di parte istante provarne l'esistenza ed il contenuto.

Inoltre, contrariamente a quanto lamentato da parte istante, agli atti della procedura non vi è alcun elemento che consenta di affermare la responsabilità del gestore neppure riguardo la scorretta gestione del cliente, in termini non solo di assistenza, ma anche di chiarezza e trasparenza informativa, in conformità a quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, della delibera n. 179/03/CSP.

Esaminando la corrispondenza intercorsa tra le parti emerge che il sig XXX, a seguito di reclamo telefonico, riceveva del servizio clienti di Fastweb con mail del 13 novembre il modulo di restituzione del terminale contestato (Samsung Galaxy Trend Lite).

Con due successive mail del 23 novembre il sig. XXX contestava non solo l'errato invio del terminale ma anche le modalità di restituzione dello stesso e la mancata fornitura del servizio.

Tali comunicazioni non sono idonee a provare l'esistenza di una diversa proposta contrattuale rispetto a quella agli atti di questa procedura e vanno considerate come reclami scritti.

Le successive mail di Fastweb del 12 e del 19 dicembre forniscono, nei termini previsti dalla carta dei servizi, chiaro e puntuale riscontro al reclamo di cui sopra tanto che il sig XXX inviava la raccomandata di recesso dal contratto datata 22 dicembre.

Dall'istruttoria, inoltre, non emerge alcuna responsabilità di Fastweb riguardo alla asserita sospensione (o, più correttamente, all'impossibilità di fruizione) del servizio in quanto è appurato agli atti, ed è altresì ammesso da parte istante, la circostanza che la sim ed il terminale erano nella piena disponibilità della stessa.

Come affermato dall'operatore, parte istante aveva la possibilità di attivare il servizio, eventualmente riservandosi successivamente di richiedere un ristoro economico pari alla differenza di valore tra i due terminali ma, così non è stato. Quindi la sospensione, più precisamente la mancata attivazione del servizio, non può essere imputabile all'operatore ma a parte istante.

Infine, quanto alla richiesta di rimborso delle spese per la procedura di reclamo e contestazione, stante la mancata allegazione di documenti comprovanti le spese sostenute per le

procedure di reclamo/contestazione, non è accoglibile rinviando al punto 4. della presente delibera la decisione sulle spese di procedura.

4. Spese di procedura

Considerato il rigetto delle domande dell'istante, e considerato il comportamento delle parti durante la procedura di conciliazione e di definizione, si ritiene equo compensare tra le parti delle spese di procedura.

VISTO il parere del Servizio Studi e documentazione legislativi e Assistenza legale in data 31 luglio 2009 in ordine alla necessaria continuità delle funzioni esercitate dal Co.Re.Com per delega dell'A.G.Com;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge;

D E L I B E R A

1. Il rigetto dell'istanza presentata da XXX ;
2. la compensazione tra le parti della spese di procedura.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.
Dott. Massimiliano Della Torre

Il Vice Presidente Co.Re.Com
Dott. Giulio Boscagli

La presente deliberazione è comunicata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del Co.Re.Com. Lombardia, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli articoli 29, 41 e 119 del medesimo d.lgs. 104/2010, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di sessanta (60) giorni dalla comunicazione dello stesso.

Il Dirigente Ufficio per il Co.Re.Com.
dott. Massimiliano Della Torre