

DETERMINAZIONE n. 8 del 30 settembre 2019

Oggetto: Definizione della controversia GU14 n. 516/17 xxx./Fastweb S.p.A.

IL DIRIGENTE

VISTA la legge 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*";

VISTA la legge 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 e comma 13;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO l' "Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e 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;

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 della Toscana in data 16 gennaio 2018", e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 173/07/CONS, All. A "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori";

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS "Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA la Delibera Agcom n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “*Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettroniche*” e successive modifiche;

VISTA la Delibera Agcom n. 347/18/CONS, del 18 luglio 2018, recante, “*Modifica del Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all’Allegato A alla delibera n. 73/11/CONS*”,

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 5 del 26 aprile 2018 avente ad oggetto “*Assetto organizzativo del Consiglio regionale*” con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l’incarico di responsabile del “*Settore Biblioteca e documentazione. Archivio e protocollo. Assistenza generale al Corecom*”;

VISTA l’istanza GU14 n. 516 del giorno 9 ottobre 2017, con cui la società Galileo Progetto Edilizia S.r.l. chiedeva l’intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Fastweb S.p.A. (di seguito, per brevità, Fastweb) ai sensi dell’art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il “Regolamento”);

RILEVATO che, nel caso di specie, trova applicazione, *ratione temporis*, il Regolamento sugli indennizzi vigente al momento della presentazione dell’istanza e, dunque, nella versione precedente alle modifiche introdotte con la Delibera Agcom n. 347/18/CONS;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante.

La società istante, titolare di un contratto *business* sull’utenza n. 0575 250xxx con la società Fastweb, lamenta l’indebita applicazione di costi per recesso anticipato.

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

- nella fattura n. LA00574428 del 14 aprile 2017 “*Fastweb ha addebitato illegittimamente la somma di euro 1.000,00 a titolo di penale per recesso anticipato nonchè altri importi non dovuti perché la linea non era più attiva. In particolare per quanto riguarda la penale, le somme fatturate a tale titolo non sono mai dovute per legge e comunque nel caso di specie sono d’importo sproporzionato e non giustificate.*”

In data 20 ottobre 2017 la società istante, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all’art. 16 comma 2 del Regolamento, una memoria con la quale ha precisato, tra l’altro, che:

- “*la suddetta richiesta di pagamento è illegittima in quanto contraria alla normativa vigente. La legge 40/2007 ha sancito che i contratti stipulati con gli operatori telefonici devono consentire agli utenti di recedere in ogni momento dal contratto senza obbligo di vincoli temporali ed ogni clausola in contrasto con tale prescrizione deve considerarsi nulla*”;
- “*gli unici costi ammessi a carico dell’utente sono gli importi che l’operatore telefonico ha effettivamente sopportato per la disattivazione della linea che devono però essere dimostrati dall’operatore stesso. (...). Nel caso di specie, nel contratto non è stata specificata, (...), la facoltà del contraente di recedere e, circostanza fondamentale, come si*

legge dalla fattura, Fastweb ha usato la dicitura "penale per recesso anticipato", con la conseguenza che siamo di fronte ad una richiesta di pagamento illegittima, non sussistendo dubbi sul fatto che Fastweb sta richiedendo importi non dovuti per legge",

- *“giova sottolineare fin da subito che la normativa sopra richiamata si applica anche alle persone giuridiche. L'analisi della legge, infatti, conduce in maniera inequivocabile a tale conclusione. Infatti: -Il legislatore, pur potendo, non ha inserito la disciplina relativa al recesso anticipato nel Codice del Consumo - quando il legislatore ha voluto limitare la portata delle misure alle persone fisiche, lo ha specificato - quando l'art. 1 comma III della legge in questione fa riferimento ai contratti per adesione non differenzia la posizione delle persone fisiche dalle persone giuridiche (...).”*

In data 18 settembre 2017 la società istante esperiva nei confronti dell'operatore Fastweb tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

- i) *“l'annullamento della fattura n. LA00574428 del 14 aprile 2017”;*
- ii) *“la conferma della cessazione di ogni rapporto contrattuale con Fastweb”;*
- iii) *“l'annullamento del debito eventualmente residuo”;*
- iv) *“il rimborso dei disagi subiti pari a euro 1.000,00 (...) e rimborso spese procedura secondo equità”.*

2. La posizione dell'operatore.

La società Fastweb, in data 9 novembre 2017, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato nella quale ha dedotto in via preliminare l'improponibilità dell'odierna istanza, relativamente alle richieste che non hanno formato oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione, nonché l'inalterabilità delle richieste volte a chiedere il rimborso di somme, presumibilmente, a titolo di risarcimento del danno.

Nel merito l'operatore ha contestato l'infondatezza delle richieste *ex adverso* dedotte precisando che:

- *“in data 05.05.2015 controparte ha sottoscritto Proposta di abbonamento Fastweb; in tale documento, depositato dalla stessa controparte in allegato all'istanza introduttiva, si legge, sin dalle prime pagine, la clausola contrattuale "Fidelity 48"; nella seconda pagina si può leggere: "ADVANCE FREEDOM— 2 linee - Fidelity 48"; tale clausola è stata, altresì, ben cerchiata a pagina 5 della Proposta di abbonamento, dove è ben visibile anche la sottoscrizione e il timbro della società avversa; pertanto la Galileo Progetto Edilizia ha vincolato, liberamente, il rapporto contrattuale con la scrivente per la durata di 48 mesi dalla sottoscrizione; dal 05.05.2015, la scadenza naturale del contratto, così come concordato dalle parti, sarebbe dovuta essere 04.05.2019; tuttavia l'istante ha cessato con oltre due anni d'anticipo su tale scadenza il rapporto negoziale; Anche le conseguenze legate a tale condizione contrattuale sono state ben evidenziate nella Proposta sottoscritta, dove la società avversa ha potuto leggere "In caso di recesso anticipato, Fastweb avrà diritto di ottenere dal Cliente un importo pari alla somma degli Importi mensili che sarebbero maturati fino alla scadenza del termine sopra previsto. "; ciò è stato confermato da Fastweb S.p.a. nella comunicazione inoltrata in data 25.05.2017, quale riscontro della precedente contestazione del 18.05.2017". (...) Sul punto la giurisprudenza ha ormai da tempo chiarito che i contratti contenenti queste tipologie di offerte promozionali derogano al divieto contenuto nell'art. 1 della legge 40/2007. Infatti, nel caso di risoluzione contrattuale anticipata, la ratio giustificativa delle penali risiede nella necessità di garantire*

all'operatore un ritorno economico al fine di ammortizzare i costi sostenuti in sede di avvio del contratto e di riequilibrare i benefici economici concessi al cliente con un riallineamento forfettario alle condizioni economiche dei contratti base”.

L'operatore ha inoltre precisato che *“il Consiglio di Stato con sentenza n. 1442/2010, ha operato una distinzione tra la pratica - ritenuta illegittima - di addebitare all'utente, al momento del recesso anticipato, anche le spese sostenute al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale, e quella di chiedere il rimborso degli sconti già praticati al cliente in ragione di un vincolo di durata contrattuale non rispettato; (...) pertanto i Giudici amministrativi hanno ritenuto pienamente legittima la richiesta dell'operatore di restituzione degli sconti di cui l'utente ha beneficiato durante la vigenza del rapporto contrattuale, riconducendo tale fattispecie al recesso anticipato da offerte promozionali e differenziandola quindi dalla diversa situazione del recesso anticipato dal contratto a prezzo pieno, tutelata dall'art. 1 del decreto Bersani. (...).”*

L'operatore infine ha segnalato che *“la società Galileo Progetto Edilizia, risulta inadempiente per la somma della 1.058,84 a seguito della chiusura del rapporto contrattuale (doc. 1 - Fattura)”*; e per le ragioni sopra espresse ha ribadito il rigetto delle richieste avanzate dall'istante con compensazione delle spese di procedura.

3. La replica dell'istante.

In data 16 novembre 2017 la società istante, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16 comma 2 del Regolamento, una replica con la quale ha ribadito la propria posizione, respingendo in via preliminare le eccezioni formulate dall'operatore. Al riguardo ha sottolineato che *“le richieste avanzate con il presente procedimento sono le medesime di quelle avanzate nell'ambito del procedimento volto al tentativo di conciliazione precedentemente esperito”* e che *“nessuna richiesta di risarcimento danni viene avanzata da parte istante la quale chiede il rimborso delle somme cui ha diritto nella misura indicata nell'istanza di definizione”*.

Nel merito ha ribadito *“l'assoluta illegittimità della richiesta di penale per recesso anticipato (...) la dicitura stessa usata nella fattura che qui si contesta è di per sé illegittima. - Nessuna prova viene adottata da controparte riguardo ad eventuali costi che l'operatore avrebbe sostenuto a causa dell'anticipato recesso. Pertanto, infondata e sfornita di prova è la tesi sul punto di parte avversa di cui alla propria memoria difensiva in quanto l'operatore può richiedere soltanto eventuali costi che sostiene in seguito ad un recesso anticipato che devono necessariamente essere provati e nel caso di specie nessun elemento probatorio a sostegno di ciò è stato fornito. (...) Va altresì sottolineato che i costi che sono stati addebitati, oltre che non essere provati, non sono neppure giustificati nel loro ammontare essendo la richiesta di Faswteb assolutamente sproporzionata. Stando a quanto sostenuto da controparte, la società istante dovrebbe pagare la differenza fra prezzo scontato sottoscritto e prezzo previsto dal contratto base. Nel caso in esame non vi è stata (tant'è che non vi è prova) una scelta effettuata dalla parte istante fra un contratto base e una offerta. Parte avversa non può appigliarsi ai principi giurisprudenziali citati nella propria memoria in quanto non ha dimostrato in alcun modo che la parte istante conosceva ed ha rifiutato consapevolmente le condizioni del contratto base per accettare una offerta più vantaggiosa ma con previsione di pagamento di penali in caso di recesso anticipato. (...)*

4. La replica dell'operatore

In data 22 novembre 2017 l'operatore, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16 comma 2 del Regolamento, una replica con la quale ha ribadito la propria posizione in fatto e in diritto. In particolare, in via preliminare ha reiterato le eccezioni chiedendone l'integrale accoglimento.

Nel merito, ha ribadito la legittimità della penale per recesso anticipato in quanto la società istante ha *“depositato la Proposta di abbonamento sottoscritta ed in tale occasione ha liberamente deciso di vincolare il rapporto contrattuale per 48 mesi (a partire dal 05.05.2015); la stessa proposta non è stata unilateralmente predisposta da Fastweb S.p.a, posto che è evidente che la scrivente ha provveduto ad inoltrare un "Offerta Economico Tecnica", alla quale controparte ben avrebbe potuto non aderire; proprio dalla documentazione in atti è evidente che il rapporto contrattuale è sorto all'esito di una trattativa "personalizzata" e che l'istante ha preso coscienza e visione di quanto a lei applicato: "In caso di recesso anticipato, Fastweb avrà diritto di ottenere dal Cliente un importo pari alla somma degli importi mensili che sarebbero maturati fino alla scadenza del termine sopra previsto ";*

Infine, l'operatore ha evidenziato che *“inoltre controparte ha usufruito di un'apposita scontistica, come emerge analizzando le offerte commerciali altrimenti previste da Fastweb S.p.a. nel periodo in cui è sorto il rapporto negoziale; infatti l'offerta base Advance Freedom ha avuto un costo base a partire da € 100,00 al mese (€ 200,00 a bimestre), mentre il canone fatturato all'istante è stato pari ad € 130,00 bimestrali (doc. i - Brochure)”;*

5. Motivazione della decisione.

In primis si osserva che:

- con riferimento alla domanda di cui al punto *sub iii*) relativa alla richiesta di *“annullamento del debito eventualmente residuo”*, la stessa è inammissibile attesa la genericità della formulazione della domanda; sul punto giova precisare che la richiesta *de qua* si ritiene comunque ricompresa nella domanda espressa dalla società istante al punto *i*) di *“annullamento della fattura n. LA00574428 del 14 aprile 2017”;*

- in riferimento alla richiesta di cui al punto *ii*) volta ad ottenere la *“conferma di cessazione di ogni rapporto contrattuale con Fastweb”*, la stessa non è ammissibile in quanto esula, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento dalla cognizione del Corecom, poiché l'oggetto della pronuncia è limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Ad ogni buon conto si rileva che l'operatore dà atto, nella propria comunicazione inoltrata in data 25 maggio 2017, quale riscontro alla contestazione del 18 maggio 2017, che la cessazione del rapporto contrattuale è avvenuta in data 15 febbraio 2017 e, pertanto, si ritiene cessata la materia del contendere.

- ai sensi dall'articolo 19, comma 4, del Regolamento, la liquidazione del danno esula dalle competenze dell'Autorità. Pertanto la domanda *sub iv*) relativa al ristoro dei disagi subiti non può trovare accoglimento in questa sede, se non in termini di corresponsione degli indennizzi di cui al Regolamento approvato con Delibera Agcom n. 73/11/CONS;

Nel merito:

Sulla richiesta di annullamento della fattura n. LA00574428 del 14 aprile 2017 contenente la penale per recesso anticipato.

Parte istante lamenta l'illegittima applicazione di penali per recesso anticipato contenute nella fattura n. LA00574428 di euro 1.058,84 (euro 1.000,00 più IVA) laddove l'operatore ne deduce la legittimità.

La doglianza è meritevole di parziale accoglimento per i motivi di seguito esposti.

Dall'istruttoria condotta, emerge agli atti del procedimento che, in data 5 maggio 2015, la società istante ha sottoscritto una PdA con profilo tariffario *“ADVANCE FREEDOM, 2 linee, Fidelity 48”*; sottoscrivendo la PdA parte istante ha aderito alle condizioni corrispondenti ai profili commerciali e connesse offerte promozionali comprensive di sconti così come si evince dalla lettura della PdA medesima ove risulta l'adesione alla suddetta clausola.

Per la soluzione della controversia occorre fare riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1442/2010 dell'11 marzo 2010, che ha reputato legittima la pratica commerciale di subordinare il diritto allo sconto, che il cliente acquisisce sottoscrivendo l'offerta promozionale, alla condizione del mancato esercizio del recesso entro un certo termine, espressamente accettato dall'utente. Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che l'impegno di non recedere prima di una certa data è il "prezzo" che, di fatto, l'utente paga al fine di godere del vantaggio rappresentato dallo sconto sui servizi acquistati. Allo stesso tempo, però, risulta equo valutare il momento in cui l'utente abbia esercitato il diritto di recesso, in quanto il corrispettivo addebitato per il recesso anticipato si potrebbe porre in contrasto con le previsioni della legge n. 40/2007 qualora non tenesse conto – in maniera ingiustificata – del tempo decorso tra la sottoscrizione del contratto ed il momento in cui il recesso anticipato è stato operato, così prescindendo dal periodo durante il quale l'istante è rimasto cliente della società.

Invero, deve ritenersi incongruo l'addebito integrale della penale atteso che il contratto è stato cessato in data 15 febbraio 2017 a seguito del recesso anticipato esercitato dall'istante, ed inoltre tale importo risulta ingiustificato, non costituendo voce di costo motivata da parte dell'operatore quale spesa connessa al recesso, in contrasto con quanto previsto dalla legge n. 40/2007.

La legge appena citata (applicabile anche alla clientela *business* nel caso di sottoscrizione di contratti per adesione, come chiarito dalle Linee guida della direzione tutela dei consumatori esplicative per l'attività di vigilanza da effettuare ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 40/2007, con particolare riferimento alle previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 3, della medesima legge) prevede, infatti, che, in caso di recesso anticipato da parte dell'utente, possano essere addebitate unicamente le spese giustificate dall'operatore a titolo di costi effettivamente dal medesimo sostenuti.

In applicazione, pertanto, di quanto previsto dall'articolo 1, comma 3 ter del "*decreto Bersani*", la penale per recesso anticipato deve essere stornata in considerazione della durata effettiva del contratto. Sulla scorta delle predette considerazioni, si ritiene di poter operare una quantificazione dell'importo da stornare dalla fattura in contestazione, considerando che parte istante è rimasta cliente dal 5 maggio 2015 al 15 febbraio 2017 per circa 21 mesi per n. 1 utenza, la penale dovrà essere calcolata tenuto conto dei mesi che residuavano alla scadenza del vincolo contrattuale previsto il 4 maggio 2019. Appare, pertanto, congruo riconoscere un costo effettivamente rimasto a carico dell'istante in ragione dell'anticipato recesso pari ad euro 595,00 comprensivo di IVA (1.058,84 euro /48 mesi x 27 mesi residui) quale prezzo residuo che sarebbe stato, invece, ammortizzato da Fastweb nel caso di prosieguo del rapporto sino alla scadenza del vincolo contrattuale.

Ne consegue che, in accoglimento parziale della domanda *sub i*), con riferimento all'importo relativo alla penale per recesso anticipato addebitata nella fattura n. LA00574428, pari ad euro 1.058,84, dovrà essere stornata la somma pari ad euro 463,84 rimanendo a carico dell'istante l'importo pari ad euro 595,00 IVA inclusa, dato dalla differenza tra il totale effettivamente addebitato in fattura e quanto legittimamente esigibile, in base ai sopra enunciati criteri.

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento, l'importo di euro 100,00.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

RITENUTO che gli indennizzi riconosciuti dall'Autorità (CoReCom) devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità, e pertanto tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTO l'art. 19, comma 7, del Regolamento che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del CoReCom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di euro 500,00;

VISTA la relazione istruttoria redatta dal funzionario responsabile del procedimento, Dott.ssa Elisabetta Castelli, ex art. 19 del Regolamento;

DISPONE

in accoglimento parziale dell'istanza presentata in data 9 ottobre 2017 dalla società istante xxx nei confronti dell'operatore Fastweb S.p.A., che detto operatore provveda a:

- 1) corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:
 - a) euro 100,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;
- 2) regolarizzare la posizione amministrativa della società istante mediante lo storno dell'importo pari a euro 463,84 IVA inclusa dalla fattura n. LA00574428 del 14 aprile 2017; dovrà inoltre essere ritirata a cura e spese del gestore la pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

E' fatta salva la possibilità per l'istante di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento al presente provvedimento entro il termine di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Il presente provvedimento è notificato alle parti e pubblicato sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmesso all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

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 atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

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

Firenze, 30 settembre 2019

Il Dirigente
Dott.ssa Cinzia Guerrini