

DELIBERA N. 53/20/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
BRACONI /FASTWEB S.P.A.
(GU14/108067/2019)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti del 14 febbraio 2020;

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 “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/CONS;

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*”, di seguito denominato *Regolamento sugli indennizzi* come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/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. 353/19/CONS;

VISTO l’articolo 7 del decreto legge 21 settembre 2019, n. 104, recante “*Misure urgenti per assicurare la continuità delle funzioni dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*” ai sensi del quale “*Il Presidente e i Componenti del Consiglio dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all’articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, in carica alla data del 19 settembre 2019, continuano a esercitare le proprie funzioni, limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione e a quelli indifferibili e urgenti, fino all’insediamento del nuovo Consiglio e comunque fino a non oltre il 31 dicembre 2019*”.

VISTO l'articolo 2 del decreto legge 30 dicembre 2019 , n. 162, recante *“Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”*, ai sensi del quale *“All'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132, le parole «fino a non oltre il 31 dicembre 2019» sono sostituite dalle seguenti: «fino a non oltre il 31 marzo 2020»”*;

VISTA l'istanza del Sig. Braconi, acquisita al protocollo n. 0153075 del 7/04/2019;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'utente, nell'istanza di definizione, ha contestato la fatturazione emessa in riferimento al contratto *business* LA00387680, relativo alla telefonia fissa (numerazioni 0574597xxx e 0574514xxx), e codice cliente 5721819, relativo alla telefonia mobile.

In particolare, il Sig. Braconi ha dichiarato di aver sottoscritto con la società Fastweb S.p.A., in data 12.12.2013, una *“Proposta di abbonamento piccole e medie imprese”* avente ad oggetto la fornitura degli elencati servizi, veicolati tramite tecnologia VOIP: *“a) Portabilità b) Connessione Internet 20 Mb, h. 24, su numero c) n. 1 linea telefonica d) n. 1 linea fax e) n. 1 centralino virtuale per l'impostazione, anche da remoto di orari apertura/ chiusura con facoltà di modifica della messaggistica di segreteria secondo necessità; e trasferimenti di chiamate anche su utenza telefonica mobile di diverso operatore telefonico”*, previa migrazione da OLO (Vodafone Italia S.p.A.).

Nel periodo gennaio/febbraio 2014, il tecnico della Società si recava presso lo studio del sig. Braconi per l'installazione del *router-modem* e in data 14.02.2014 l'istante riceveva un SMS dall'operatore che comunicava l'attivazione della linea telefonica per il giorno 17.02.2014. Viceversa, a far data dal 14 febbraio 2014 nessun servizio era attivo, inoltre *“la linea fax era rimasta allacciata presso il precedente gestore. Il sig. Braconi risultava, pertanto, obbligato nei confronti di due gestori per il pagamento di due canoni”*, a fronte della fornitura della sola linea fax da parte di Vodafone Italia S.p.A.

I numerosi reclami inviati all'operatore non venivano riscontrati e, nonostante omettesse di fornire i servizi di competenza, Fastweb S.p.A. emetteva puntualmente le fatture, dedotte in controversia e contestate perché emesse in assenza di servizio.

In relazione a tanto, il 19.06.2014 è stato adito il Tribunale di Milano e *“a conclusione del doppio grado di giudizio cautelare, la s.p.a. Fastweb consentiva la suddetta migrazione rendendo, pertanto, superata la richiesta di declaratoria di risoluzione del contratto di somministrazione”*. Tuttavia, in sede di scritto difensivo, Fastweb S.p.A. confermava che l'attivazione della linea sull'utenza 0574597xxx era stata realizzata solo parzialmente e che l'espletamento della procedura di portabilità si riferiva solamente a tale numero telefonico e non anche al numero 0574 5142xxx al quale, invece, era stata assegnata numerazione *“nativa”* sostitutiva 0574 071xxx. *“Tale fatto, cioè la*

sostituzione del vecchio numero con quello nativo Fastweb, non era mai stata comunicata all'odierno esponente che la apprendeva per la prima volta al momento della pubblicazione della comparsa di costituzione e risposta della convenuta in fase contenziosa".

Sulla base di tale ricostruzione dei fatti l'istante ha presentato le seguenti richieste:

- i. lo storno, ovvero il rimborso, *"di tutti gli effetti fiscali emessi in relazione ai rapporti contrattuali rubricati sub. Codice cliente LA00387680 per la telefonia fissa e sub. Codice cliente 5721819 per la telefonia mobile"*;
- ii. *"condannare la S.p.a. FASTWEB in persona del legale rappresentante pro tempore in ragione del contrattuale inadempimento grave e continuato, al risarcimento di tutti i danni patiti dal Perito Braconi mediante il pagamento della somma di complessivi € 16.759,90, oltre interessi moratori, di cui € 675,50 a titolo di damnum emergens ed il resto a titolo di lucrum cessans così come descritto in parte narrativa"*.

2. La posizione dell'operatore

Fastweb S.p.A., in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza *"essendo stata dichiarata cessata la materia del contendere dall'autorità giudiziaria"*.

In particolare, l'operatore ha rilevato che il ricorso ex articolo 700 c.p.c. è stato rigettato con ordinanza emessa in data 31 agosto 2014; il relativo giudizio di merito è stato dichiarato improponibile con sentenza n. 2151/2018, depositata il 26 febbraio 2018.

L'operatore ha altresì eccepito l'estrema genericità dell'istanza, atteso che i fatti posti a fondamento non sono stati puntualmente descritti nel formulario.

Nel merito, la Società ha dichiarato che l'istante ha sottoscritto la proposta di abbonamento di cui trattasi in data 12 dicembre 2013. In esito, Fastweb S.p.A. ha addotto di essersi attivata per l'espletamento della migrazione richiesta.

In particolare, la risorsa 0574597xxx è *"passata nella disponibilità della scrivente il 17 febbraio 2014"*, in quanto la prima richiesta è stata bocciata con causale *"codice segreto errato"* e non sono state riscontrate anomalie nell'erogazione dei servizi *"che hanno sempre perfettamente funzionato"*; in data 6 settembre 2014 è poi giunta una richiesta di portabilità espletata il 15 settembre seguente.

Viceversa, la prima richiesta di acquisizione dell'utenza n. 05745142xxx è stata bocciata *"con causale codice segreto errato. Successivamente, l'utente ha rinunciato alla portabilità di detta utenza, come confermato dallo stesso nell'istanza di definizione depositata il 17.04.2019"*.

Il contratto è stato chiuso in data 30.11.2014, come risulta dalla fattura del 31.01.2015.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono trovare parziale accoglimento, come di seguito precisato.

In via preliminare, si ritiene di non accogliere le eccezioni di carattere formale sollevate dall'operatore atteso che, nel caso di specie, non ricorre l'ipotesi di cui

all'articolo 14, comma 2, del *Regolamento*. Infatti, il giudizio di merito dinanzi al Tribunale di Milano non è pendente in quanto l'Autorità giudiziaria si è pronunciata con una sentenza di rito, lasciando impregiudicata la pronuncia dell'AGCOM, non paventandosi una lesione del principio del *ne bis in idem*.

Nel merito, in assenza di prova contraria, le richieste dell'istante *sub i*. meritano integrale accoglimento. In particolare, in sede di integrazione istruttoria, è stato chiesto a Fastweb S.p.A. di “*depositare il dettaglio di traffico o comunque altra documentazione comprovante l'erogazione/fruizione dei servizi telefonici nel periodo di fatturazione*”. Tuttavia, a fronte delle fatture depositate al fascicolo, la Società non ha fornito alcuna documentazione utile a sconfessare quanto lamentato dall'istante, ovvero a dimostrare che nel periodo oggetto di fatturazione i servizi di competenza hanno funzionato regolarmente. In relazione a tanto, essendo pacifico che, in caso di contestazione delle fatture, l'operatore deve fornire la prova della debenza degli importi fatturati, nel caso di specie, non avendo la Società dimostrato la legittimità degli importi addebitati, l'utente ha diritto allo storno delle fatture e/o al loro rimborso. Infatti, per orientamento giurisprudenziale consolidato, l'emissione della bolletta non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa ed incontestabile l'entità periodica della somministrazione, ma solo un atto unilaterale di natura contabile, diretto a comunicare all'utente le prestazioni già eseguite secondo la conoscenza ed il convincimento dell'operatore telefonico. Sussiste quindi, in capo all'operatore, l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura nel caso di contestazione del suo ammontare da parte dell'utente (Cass. Civ. sez. III, 28 maggio 2004, n. 10313). Fastweb S.p.A. è quindi tenuta a stornare, ovvero rimborsare, tutti gli importi fatturati in riferimento ai rapporti contrattuali rubricati *sub* codice cliente LA00387680 per la telefonia fissa e *sub* codice cliente 5721819 per la telefonia mobile.

Per quanto concerne la richiesta *sub ii.*, premesso che la liquidazione del danno esula dalle competenze dell'Autorità, la relativa domanda di risarcimento non può trovare accoglimento in questa sede, se non in termini di corresponsione degli indennizzi di cui al *Regolamento sugli indennizzi*.

In relazione a tanto, preso atto che il contratto dedotto in controversia è stato sottoscritto in data 12 dicembre 2013 e tenuto conto che, ai sensi delle proprie Condizioni generali di contratto, l'operatore si riserva 60 giorni per l'attivazione dei servizi di competenza, in riferimento al periodo compreso dal 12 febbraio 2014 al 30 novembre 2014 (data in cui l'operatore, incontestatamente, ha dichiarato di aver cessato il contratto) Fastweb S.p.A. è tenuta a corrispondere l'indennizzo previsto dall'articolo 6, comma 1, in combinato disposto con gli articoli 13, commi 3 e 5, del *Regolamento sugli indennizzi*, nella misura di 12,00 euro al giorno per ciascun servizio, voce e dati, per 291 giorni, per complessivi 6.984,00 euro.

UDITA la relazione del Commissario Mario Morcellini, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. L'Autorità accoglie parzialmente l'istanza del Sig. Braconi, nei confronti di Fastweb S.p.A., per le motivazioni di cui in premessa.

i. La società Fastweb S.p.A., entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, oltre a stornare, ovvero rimborsare, tutti gli importi fatturati in riferimento ai rapporti contrattuali rubricati *sub* Codice cliente LA00387680 per la telefonia fissa e *sub* Codice cliente 5721819 per la telefonia mobile, è tenuta a corrispondere in favore dell'istante, a mezzo assegno o bonifico bancario, euro 6.984,00 (seimilanovecentottantaquattro/00), maggiorati degli interessi legali maturati a far data dal deposito dell'istanza, a titolo di indennizzo per mancata attivazione dei servizi.

2. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

3. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 14 febbraio 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Mario Morcellini

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE f.f.
Nicola Sansalone