

DELIBERA DL/070/17/CRL/UD del 08 maggio 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

M. ANNUCCI / FASTWEB XXX

(LAZIO/D/887/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 08 maggio 2017;

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 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 M. Annucci presentata in data 19.06.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante ha lamentato – nei confronti di Fastweb XXX di seguito per brevità “Fastweb”– l’errata fatturazione, la mancata fornitura della USIM prevista nel contratto per il traffico dati in mobilità, il malfunzionamento dei servizi voce ed Adsl, l’omesso inserimento del nominativo negli elenchi, la mancata risposta ai reclami, l’indebito prelievo automatico dal conto, la disforme velocità di connessione rispetto al contratto.

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

- a. In data 20.09.2012 aderiva all'offerta Super Surf tramite registrazione vocale, per l'attivazione dei servizi voce ed Adsl, con portabilità del n. 069376*** dal precedente operatore Wind Infostrada.
- b. Il servizio era stato attivato solo in data 29.03.2013 e, pertanto, gli importi relativi al periodo precedente all'effettiva attivazione andavano stornati.
- c. Nonostante fosse stato chiesto sin dall'inizio di saldare le fatture mediante l'utilizzo del bollettino postale, richiesta questa più volte ribadita nei vari solleciti effettuati, il Gestore ha prelevato somme direttamente dal conto corrente dell'utente senza alcuna preventiva autorizzazione.
- d. La scheda usim prevista dal contratto con 1 GB di traffico dati al mese, più volte reclamata, non è mai stata ricevuta dall'utente.
- e. Pur avendo esplicitato l'utente in sede di stipula del contratto e, successivamente, in data 4.0.4.2013, di non voler ricevere gli elenchi telefonici, Fastweb ha addebitato comunque i relativi costi.
- f. L'utente ha esperito una lunga serie di reclami volti a contestare una serie di disservizi e di importi fatturati ritenuti non dovuti, quali ad esempio l'interruzione dei servizi voce e adsl, il prelievo non autorizzato sul proprio conto corrente, la voce fatturata "una tantum", la bassa velocità del servizio Adsl, l'importo di euro 0,91 addebitato a titolo di costi di spedizione, quelli relativi alla voce "altri costi", nonché per gli importi non corrispondenti, sempre secondo l'utente, a quella previsti dall'offerta dell'abbonamento, ulteriori disservizi afferenti sia la linea voce che quella dati;

In base a quanto asserito, l'utente ha richiesto all'operatore:

- i. L'indennizzo per mancata fornitura e/o utilizzo SIM per il traffico dati e quindi per la mancata attivazione di tale servizio per un importo pari ad euro 6.472,50;
- ii. L'indennizzo per la completa interruzione dei servizi, sia voce che adsl, e/o per irregolare erogazione degli stessi e, comunque, per il mancato rispetto degli standard qualitativi previsti dalla carta dei servizi per un importo pari ad euro 5.090,00;
- iii. L'indennizzo per mancata indicazione del proprio nominativo negli elenchi telefonici per ad euro 600,00;
- iv. L'indennizzo per la mancata risposta ai reclami per un importo complessivo pari ad euro 4.870,00;
- v. L'indennizzo per il prelevamento delle somme dal conto corrente senza preventiva autorizzazione;
- vi. L'indennizzo per il mancato raggiungimento della velocità di navigazione.
- vii. Il tutto per un totale di euro 17.032,50 oltre ogni ulteriore indennizzo eventualmente riconosciuto dall'Autorità.
- viii. La restituzione degli importi contestati e non dovuti al gestore.
- ix. Il riconoscimento delle spese per la presente procedura.

Nella memoria integrativa, depositata il 3.12.2015, l'utente ribadiva tutte le richieste sopra indicate ed integrava la documentazione allegata.

2. La posizione dell'operatore Fastweb

Nel merito il gestore ha replicato ad ogni avversa argomentazione.

2.1 Sulla presunta errata fatturazione e sul relativo pagamento

- In merito alla prima fattura, emessa per il periodo 22 marzo – 31 marzo 2013, in relazione alla quale l'utente contestava "l'effettivo inizio di fruizione del servizio", il Gestore ha precisato che dal dettaglio del traffico la prima telefonata effettuata risultava proprio alla data del 22 marzo 2013 e, pertanto, l'addebito del canone era corretto.
- L'addebito del conto corrente era stato regolarmente autorizzato dall'utente in sede di registrazione vocale per l'adesione al contratto, mentre nessuna richiesta di pagamento tramite bollettino postale è mai pervenuta dall'utente.
- Corretto risultava anche l'addebito di euro 0,92 per l'invio per posta di ogni fattura, non avendone l'utente mai richiesto, attraverso la propria "My fast page", l'invio in formato elettronico.
- In relazione alla contestazione degli addebiti, per costi diversi da quelli previsti in abbonamento, ed una verso "Numerazioni speciali" essa risulta infondata in quanto erano state effettuate effettivamente delle chiamate il cui costo era stato correttamente riportato nelle fatture.
- L'addebito per euro 48,40 nella fattura n. 7033032 era corretto poiché relativa ad un periodo in cui lo sconto promo di euro 25/mese non era più applicabile in quanto scaduto.

Fastweb evidenziava la contraddittorietà delle eccezioni dell'utente che, da una parte, contestava il costo di spedizione delle fatture e, dall'altra, affermava di voler pagare tramite bollettino postale, metodo questo che presupponeva l'invio delle bollette tramite posta ordinaria.

2.2 Sulla mancata fornitura della USIM

In ordine alla asserita mancata consegna della Usim, il Gestore ha evidenziato come la stessa, in realtà, non sia stata accettata dall'utente che il 17 dicembre 2013 respingeva l'ordine, come risulta dalle schermate del sistema TT System allegate alla memoria.

In ogni caso tale doglianza non sarebbe stata indennizzabile né in base alla Carta dei Servizi né in base alla Del. n. 73/11 Cons.

2.3 Sul presunto malfunzionamento dei servizi voce ed Adsl

Tutti i reclami esperiti in relazione al malfunzionamento dei servizi non erano circostanziati né provati, tanto che sul sistema TT System non risultava registrato alcun disservizio.

2.4 Sull'invio degli elenchi telefonici

In ordine alla consegna non richiesta degli elenchi telefonici dedotta dall'utente, sarebbe stato sufficiente, secondo il gestore, contrassegnare il diniego all'invio degli elenchi cartacei nella My Fast Page dalla sezione dedicata, denominata "dati elenco telefonico".

2.5 Sulla presunta velocità di navigazione internet inferiore a quella pattuita

In merito a tale doglianza il Gestore evidenziava che la velocità di connessione garantita è fino a 20 Mbit/s e non di 20 Mbit /s. Né poteva essere diversamente, considerando che il servizio adsl si basa su una infrastruttura di un terzo operatore (Telecom Italia XXX) e che, quindi, la velocità può variare anche in ragione del traffico esistente sulla rete. Tali informazioni sono state debitamente codificate nelle Condizioni generali di contratto, ove, all'art. 28, si precisa che *"la velocità di accesso alla rete Fastweb, tramite tecnologia ADSL è infatti subordinata e dipenderà dalle caratteristiche tecnico-funzionali dell'impianto fornito da altro gestore. [...] Il cliente prende altresì atto che i Servizi saranno erogati alla velocità tecnicamente consentita"*.

Infine, dal quadro contabile risultava in relazione alla posizione dell'istante un insoluto complessivo pari ad euro 71,40 di cui Fastweb chiedeva l'integrale pagamento.

Fastweb, pertanto, ha concluso per il rigetto dell'istanza di definizione.

3. La replica dell'utente

Rispetto alle asserzioni di Fastweb, l'utente sostanzialmente ha ribadito quanto già indicato nella memoria introduttiva precisando che:

- i. Dalla registrazione vocale di adesione al contratto non risultava alcuna indicazione delle coordinate bancarie, né mai queste sono state fornite dall'utente;
- ii. La riproduzione audio allegata dal gestore era comunque parziale in quanto non riportava la richiesta avanzata dall'utente di saldare le fatture a mezzo di bollettino postale;
- iii. Il gestore non aveva adempiuto agli obblighi previsti dagli artt. 52 e 53 del Codice del Consumo, non avendo fornito alcuna informazione sul diritto di recesso;
- iv. Il servizio attivato il 10.03.2013, dopo vari reclami, iniziava realmente a funzionare soltanto il 29.03. successivo;
- v. Il gestore non ha mai, se non in sede di memoria di costituzione, riscontrato i reclami avanzati dall'utente ed, inoltre, non ha allegato alcune fatture, tra le quali quella relativa all'asserito insoluto pari ad euro 71,40;
- vi. L'utente ribadiva tutte le contestazioni relative ad importi indicati nelle fatture ma ritenuti non dovuti;
- vii. Il gestore, nonostante le numerose richieste, non ha mai riaccreditato le somme illegittimamente percepite, omissione questa che darebbe luogo al riconoscimento di una voce autonoma di indennizzo;
- viii. L'utente ha contestato anche il valore probatorio della schermata del sistema TT System che secondo il gestore proverebbe che era stato egli stesso a respingere l'ordine di consegna della Usim dati, in quanto documento di parte e non formato nel rispetto del principio del contraddittorio;
- ix. Rispetto al malfunzionamento, l'utente contesta il fatto che Fastweb, pur avendo affermato che la schermata del TT System non evidenziava alcun disservizio, non aveva allegato tale documento;
- x. Quanto all'invio degli elenchi telefonici, il Sig. Annucci ha precisato di aver contattato più volte il numero di assistenza telefonica 192.193 e di aver successivamente inoltrato reclamo formale a mezzo fax il 5.04.2013 senza, tuttavia, sortire alcun effetto. Riguardo alla legittimità del mezzo utilizzato per il reclamo, l'utente ha, inoltre, evidenziato come la Carta dei Servizi allegata sia del tutto inconferente con il caso in esame essendo la stessa riferita ad utenza mobile e non fissa, peraltro, temporalmente successiva ai fatti di causa poiché aggiornata al 2015. Per contro l'utente ha allegato, in replica, una versione coeva alla stipula del contratto, che prevedeva espressamente la possibilità di inoltrare i reclami anche via fax ad un numero dedicato;

xi. Contrariamente a quanto previsto dalla normativa in materia, Fastweb non ha mai informato l'utente circa la necessità di attivarsi per l'inserimento del proprio nominativo nell'elenco degli abbonati.

xii. In relazione alla bassa velocità di connessione del servizio dati, l'utente ha precisato che, nel pubblicizzare l'offerta Super Surf, il gestore non ha mai informato il consumatore circa eventuali limiti tecnici. Purtroppo la connessione non ha mai raggiunto la velocità di connessione pubblicizzata. Nonostante vi siano stati due interventi tecnici non vi è rimasta alcuna traccia degli stessi sui sistemi del gestore.

xiii. L'utente ha evidenziato ancora come dal contratto sottoscritto con il nuovo operatore (Telecom) si evince come il passaggio sia avvenuto il 3.08.2015, circostanza questa che smentirebbe l'affermazione di Fastweb che ha indicato, invece, come data di cessazione del contratto il 14.08.2015.

xiv. Il Sig. Annucci ha poi ribadito come, contrariamente a quanto ritenuto da Fastweb nella propria memoria di costituzione, anche i disservizi lamentati non espressamente richiamati dall'Allegato A alla Del. 73/11 Cons, siano indennizzabili ai sensi dell'art. 12 della citata delibera che prevede la possibilità di riconoscere, per via analogica, un indennizzo a casi similari a quelli tipizzati.

xv. L'utente ha evidenziato, inoltre, come molte delle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto, dovendosi considerare necessariamente vessatorie e non essendo state sottoscritte specificamente, sono da ritenersi nulle a tutti gli effetti.

xvi. Da ultimo, in merito all'eccezione sollevata dal Gestore per non aver avuto a propria disposizione i documenti allegati all'istanza introduttiva, l'utente ha rilevato come, da regolamento, fosse onere dello stesso gestore prendere visione degli allegati.

4. L'esito dell'udienza di definizione

All'udienza di definizione del 26.07.2016 entrambe le parti si riportavano alle rispettive difese ed il Legale verbalizzante, verificata l'impossibilità di addivenire ad un accordo transattivo, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

5. 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.

Si richiama inoltre l'art. 16 del Regolamento, nonché le relative Linee Guida di applicazione che impongono chiarezza e sinteticità per tutti gli atti di parte.

Nel caso in esame si rileva che sia l'istanza che le memorie e le repliche di parte istante sono state redatte in maniera prolissa, con evidente intento defatigatorio per la controparte e lo stesso organo giudicante, costretto a ricostruire la res controversa tra una prolungata esposizione dei fatti, numerose richieste e richiami regolamentari, spesso inconferenti. Se le disposizioni ora citate, non sanzionano con l'inammissibilità dell'istanza la violazione del principio di sinteticità e chiarezza degli atti, essi, tuttavia, prevedono ripercussioni sulla quantificazione delle spese di procedura, indipendenti dall'esito della definizione. Pertanto, tra i previsti criteri per la liquidazione delle spese, anche nel caso di specie la valutazione non potrà prescindere dal rispetto o meno di tale principio.

5.1 Sulla mancata consegna della Usim dati

L'utente lamenta di non aver mai ricevuto la scheda usim prevista dal contratto con 1 GB di traffico dati al mese, più volte reclamata.

Il Gestore, al contrario ha affermato che detta scheda, in realtà, non è stata accettata dall'utente che il 17 dicembre 2013 aveva respinto l'ordine, ed allega, a sostegno di quanto asserito le schermate del sistema TT System.

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 da ultimo 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.

Inoltre, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, Delibera Agcom 179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, espresso in svariate pronunce (ex plurimis, Delibere Agcom 85/07/CIR, 45/08/CIR, 54/08/CIR, 15/09/CIR e 39/09/CIR), gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale.

Pertanto, ove l'utente lamenti il ritardo relativamente alla richiesta di attivazione del servizio, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze ad esso non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da propria colpa.

Pacifica tra le parti è la mancata fornitura della sim dati mentre le parti divergono sui motivi di tale mancato recapito.

Spettava dunque a Fastweb provare le cause esimenti da responsabilità per l'inadempimento occorso.

Il Gestore sostiene che sia stato lo stesso utente a rifiutare la consegna della Usim. Di tale circostanza è stata fornita prova mediante la produzione della schermata del Trouble Ticketing System che ai fini del presente procedimento costituisce certamente uno strumento sufficiente a ricostruire l'attività tecnica svolta dal gestore. In essa si dà evidenza del fatto che in data 17 dicembre 2013 l'utente aveva rifiutato il contatto con ciò impedendo egli stesso che si potesse dare seguito al contratto. Del resto, contrariamente a quanto sostenuto dall'utente nelle proprie memorie, ove afferma che ha più volte reclamato per questo asserito inadempimento, in realtà il

reclamo del 4 aprile 2013 costituisce il primo e l'unico reclamo inoltrato, mentre in tutti quelli successivi egli non ha più richiesto la consegna della Usim.

Orbene, dall'esame della motivazione anzidetta, emerge che effettivamente essa integra una causa non imputabile a Fastweb, in quanto fa riferimento ad un impedimento connesso al comportamento ed alla volontà dell'utente che quindi nulla può lamentare nei confronti del gestore e nulla può rivendicare nemmeno in termini di mancata informazione, essendo consapevole di ciò che era accaduto.

La domanda, pertanto, così come formulata non può essere accolta.

5.2 Sul malfunzionamento dei servizi

Lamenta l'utente che nella vigenza del contratto si sarebbero alternati periodi di completa interruzione dei servizi, sia voce che adsl, a periodi di malfunzionamento degli stessi.

Tali disservizi risultano effettivamente denunciati dall'utente con i reclami inoltrati via fax del 6.05.2013, 30.10.2013, 31.12.2014, 4.05.2015 e 14.07.2015, tutti allegati all'istanza introduttiva.

Richiamati i principi dei quali si è fatto cenno nel punto precedente in merito all'onere della prova gravante sul debitore circa l'esatto adempimento della prestazione fornita, si rileva nel caso di specie come nulla il Gestore abbia dimostrato in ordine al corretto funzionamento dei servizi, essendosi limitato esclusivamente a definire come "non circostanziati, né provati" i reclami esperiti nel corso del tempo dall'utente.

La doglianza dell'istante risulta, pertanto, comprovata dalla documentazione allegata e giustifica il riconoscimento di un equo indennizzo, seppur con le dovute precisazioni.

Mentre nell'istanza introduttiva e nelle successive memorie si sostiene che i servizi non abbiano mai funzionato correttamente dal 6.05.2013 fino alla data del 2.08.2015, ossia data del passaggio in Telecom, in realtà, ai fini della quantificazione dell'indennizzo, il periodo da considerare risulta assai più limitato. Dopo il primo reclamo del 6.05.2013, nel quale si doleva dell'interruzione sia della linea voce che di quella dati, l'istante ha inoltrato altro reclamo l'11.06.2013 ove non faceva riferimento alcuno ad eventuali disservizi, problematica che veniva nuovamente denunciata solo il 30.10.2013, solo con riferimento al servizio adsl ritenuto, tra l'altro lento, e non assente, da circa 1 mese.

Nonostante l'utente avesse poi inoltrato altri 8 reclami, la lentezza del servizio adsl viene lamentata nuovamente solo in data 31.12.2014.

Successivamente con altro reclamo del 3.05.2015 l'utente tornava a lamentarsi per il malfunzionamento sia del servizio voce che di quello adsl. Tale reclamo è stato poi reiterato, con il medesimo testo, in data 14.07.2015.

In merito al malfunzionamento del servizio Adsl, occorre precisare che, per come è stato denunciato nei vari reclami, esclusa la completa interruzione del servizio adsl, trattandosi piuttosto di lentezza di connessione, l'utente avrebbe dovuto seguire la procedura prevista dal quadro regolamentare costituito dalle Delibere n. 131/06/CSP, 244/08/CSP in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a internet da postazione fissa, come delineatosi a seguito delle modifiche introdotte dalle delibere 149/07/CSP, 400/10/CONS e 151/12/CONS, in base al quale sussiste l'obbligo del fornitore di specificare la velocità minima del servizio dati, risultante dalle

misurazioni effettuate. In altri termini, gli operatori devono rendere nota la velocità minima reale di accesso alla rete con il collegamento Adsl.

Conseguentemente, l'art. 8, comma 6, Delibera 244/08/CSP dedicato alla "Verifica della qualità di servizio resa ad uso dell'utente finale" testualmente dispone che "Qualora l'utente riscontri valori misurati degli indicatori peggiorativi rispetto a quelli di cui sopra può presentare, entro 30 giorni dalla data in cui ha effettuato la misura, mediante il servizio di cui al comma 1, un reclamo circostanziato all'operatore, allegandovi la certificazione attestante la misura effettuata, rilasciata per conto dell'Autorità. Ove non riscontri il ripristino dei livelli di qualità del servizio entro trenta giorni dalla presentazione del predetto reclamo, l'utente ha facoltà di recedere senza penali dal contratto per la parte relativa al servizio di accesso a Internet da postazione fissa, con un preavviso di un mese, mediante comunicazione inviata all'operatore con lettera raccomandata o messaggio di posta elettronica certificata".

Stante la decorrenza della messa a disposizione degli utenti finali dello strumento di test di velocità sul sito www.misurainternet.it – Sistema certificato Nemesys (ottobre 2010), le segnalazioni e reclami inoltrati relativi alla lentezza del collegamento, avrebbero dovuto essere supportati dal previo espletamento da parte dell'utente della procedura di cui al citato art. 8 comma 6, Delibera 244/08/CSP.

Pur non avendo l'utente supportato le sue segnalazioni con le misurazioni prescritte, ma avendole puntualmente formalizzate al gestore, si configura comunque un inadempimento da mancato/ritardato intervento (quale che sia), indennizzabile ai sensi ed entro i limiti previsti dall'art.4 della citata delibera n.131/06/CSP, ovvero con riferimento al solo ritardo, rispetto al tempo massimo contrattualmente previsto, nella riparazione dei malfunzionamenti segnalati.

In base a quanto richiamato in ordine al riparto degli oneri probatori, a fronte del disservizio lamentato e segnalato dall'utente, spettava a Fastweb provare di avere svolto tutte le attività necessarie alla sua risoluzione, o che il problema è dipeso da cause ad esso gestore non imputabili.

L'operatore, invece, non ha fornito alcuna prova in ordine agli accertamenti compiuti a seguito dei reclami ricevuti.

Non ha, infatti, documentato nè le verifiche effettuate, nè gli esiti di tali verifiche, né la prova della regolare e continua erogazione dei servizi.

Alla stregua delle considerazioni sopra esposte, anche in relazione al malfunzionamento dell'adsl spetta all'utente l'indennizzo previsto dal combinato disposto dell'art. 5, commi 2 e 3 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

Pertanto, ricapitolando, andrà riconosciuto un indennizzo per un importo complessivo di euro 907,50, così calcolato:

- un indennizzo ex art. 5, I co, All. A Del. n. 73/11/ Cons per interruzione dei servizi voce e dati dal 6.05.2013 all'11.06.2013 per un totale di 36 gg. pari ad euro 360,00;
- un indennizzo ex art. 5, II co, All. A Del. n. 73/11/ Cons per malfunzionamento del servizio adsl dal 30.09.2013 al 30.10.2013 per un totale di 30 gg. pari ad euro 75,00;

un indennizzo ex art. 5, Il co, All. A Del. n. 73/11/ Cons per malfunzionamento del servizio adsl dal 31.12.2014 al 06.01.2015 per un totale di 07 gg. pari ad euro 17,50;

- un indennizzo ex art. 5, Il co, All. A Del. n. 73/11/ Cons per malfunzionamento sia del servizio voce che adsl dal 3.05.2015 al 02.08.2015 per un totale di 91 gg. pari ad euro 455,00.

Così, per un totale di Euro 907,05.

5.3 Sul mancato inserimento del nominativo dell'utente negli elenchi telefonici pubblici

L'utente ha lamentato il mancato inserimento da parte del Gestore del proprio nominativo negli elenchi telefonici pubblici. Il Sig. Annucci nella memoria di replica, ove tale doglianza risulta erroneamente rubricata come "Mancato invio degli elenchi", dopo aver dissertato sulla inefficacia della modalità di comunicazione telematica con il gestore attraverso la MY Fast Page, richiama l'Art. 10 dell'All. A della Del. 73/11/Cons che prevede a favore dell'utente un indennizzo pari ad euro 200,00 per ogni anno di disservizio in caso di omesso o errato inserimento dei dati relativi all'utenza negli elenchi pubblici.

Si osserva, tuttavia, come sempre in base ai principi generali sull'onere della prova, già espressi nei precedenti punti 5.2 e 5.3, spettava all'utente fornire la prova della richiesta di inserimento del proprio nominativo negli elenchi telefonici al fine di esigere dal gestore la prova dell'adempimento o del fatto che il mancato adempimento non fosse allo stesso imputabile.

Si rileva, del resto, come nei 21 reclami esperiti dall'utente non vi sia mai stato alcun cenno a tale doglianza, circostanza questa che evidenzia come il problema non sia mai stato posto all'attenzione del gestore.

Per tali motivi, dunque, la domanda di indennizzo non può essere accolta.

5.4 Sulla mancata risposta ai reclami

L'utente ha, altresì, lamentato la mancata risposta ai numerosissimi reclami inviati, tutti depositati in atti, ricevuti da Fastweb e da questa non riscontrati.

Rileva il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Fastweb non ha fornito la prova di avere riscontrato per iscritto i reclami, con conseguente diritto dell'utente all'indennizzo previsto dall'art. 11 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS.

Tuttavia, nel caso in esame, solo apparentemente (rectius: strumentalmente) i reclami hanno avuto ad oggetto diverse doglianze, peraltro, per lo più, infondate, il che non integra certamente gli ordinari canoni civilistici di correttezza e buona fede nella condotta contrattuale del debitore.

Pertanto, ai fini della quantificazione dell'indennizzo, e' necessaria una preventiva individuazione di gruppi di reclami, poste le modalità di proposizione degli stessi ed il loro contenuto, accomunati nell'oggetto dal medesimo disservizio in ossequio al dettato del comma 2 dell'art.11, nonché in relazione alla nozione stessa di reclamo, così come postulata dall'art.8 della Del. 179/07/CSP.

Si ritiene dunque quanto segue:

1. La nota del 25.3.2013 non costituisce reclamo in quanto non attinente ad un disservizio o ad un inadempimento contrattuale (atteso il contenuto del vocal order prodotto da controparte), ma una mera richiesta di variazione delle condizioni contrattuali già accettate.
2. Il reclamo del 4.4.2013 avente ad oggetto l'inadempimento del mancato recapito della sim dati, è stato provato essere stato rinunciato in data 17.12.2013 (cfr TTS in atti) e pertanto tale data deve considerarsi il dies ad quem per il ritardo nella risposta, oltre il quale l'utente non aveva più un interesse a pretenderla. Spetta pertanto all'utente l'indennizzo per la mancata risposta al reclamo dal 20.5.2013 (decorsi i 45 gg utili alla risposta) fino al 17.12.2013 ai sensi dell'art.11, comma 1 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, per Euro 211,00.
3. La nota del 5.4.2013, contenente la richiesta di non voler ricevere elenchi non costituisce reclamo ma mera richiesta di variazione contrattuale nei termini di cui al punto 1. La nota del 30.12.2013 è meramente reiterativa della prima.
4. I reclami del 6.5.2013, 31.12.2014, 30.10.2013, 3.5.2015, 14.7.2015 relativi al malfunzionamento dei servizi voce ed adsl non costituiscono reclami ma segnalazioni di guasto al fine di mettere in mora il gestore sull'intervento e di ottenere il ripristino della piena funzionalità; il tardivo intervento del gestore è stato già indennizzato ai sensi dell'art.5, commi 1 e 2 e pertanto non è ammissibile una duplicazione della sanzione già riconosciuta al par. 5.2
5. Il reclamo dell'11.6.2013 attinente, oltre che alla contestazione della fattura n. 2310173, alla richiesta di voler corrispondere i corrispettivi mediante bollettino postale, è meramente reiterativo di quello del 25.3.2013, per cui valgono analoghe considerazioni; lo stesso ultimo reclamo a sua volta, per quanto concerne le voci di costo contestate, risulta reiterato il successivo 31.10.2013 e 30.12.2013; ed ancora con successivi reclami, sono contestate le fatture successive per le medesime voci (17.3.2014, 10.7.2014, 12.7.2014, 25.8.2014, 19.11.2014 e 15.7.2015); dette contestazioni sulle singole voci fatturate, reiterate appositamente all'emissione di ogni singola fattura, non possono che essere considerate in modo unitario come prescritto dal comma 2 dell'art 11 citato; Fastweb ha chiarito voce per voce le contestazioni con la memoria difensiva, ma non ha provato di aver fornito chiarimenti all'utente, illo tempore, nei tempi previsti per la risposta al reclamo. Spetta pertanto all'utente l'indennizzo per la mancata risposta a far data dal reclamo più risalente (11.6.2013) , nella misura massima prevista di Euro 300,00.
6. Non appartenenti al gruppo di contestazioni sulle voci fatturate, sono i fax del 15.12.2014, 6.1.2015, 9.5.2015 e 6.5.2015, dove l'istante lamenta l'impossibilità di accedere alla visualizzazione di alcune fatture attraverso la MyFastPage e pertanto nessuna contestazione specifica è stata mossa al gestore, tale da rendere plausibile una qualche risposta in merito.

Così, in totale, è dovuto per la mancata risposta ai reclami, l'importo di Euro 511,00.

5.5 Sul prelievo non autorizzato delle somme dal conto corrente dell'utente

L'utente ha lamentato anche il fatto che il Gestore, nonostante fosse stato chiesto sin dall'inizio di saldare le fatture mediante l'utilizzo del bollettino postale, richiesta più volte ribadita nei vari solleciti effettuati, avesse prelevato somme direttamente dal conto corrente dell'utente senza alcuna preventiva autorizzazione.

L'assenza di una preventiva autorizzazione, ribadita dall'utente anche nella memoria integrativa, è smentita dalla registrazione vocale, allegata dal gestore alla sua memoria difensiva e contestata anch'essa dal Sig. Annucci.

Nella predetta riproduzione audio l'operatore afferma testualmente: "Le confermo il mezzo di pagamento selezionato tramite domiciliazione bancaria (cfr. min. 1,57 – 2,00 della registrazione). Già in quella sede, pertanto, l'utente avrebbe potuto interrompere la registrazione per esplicitare il suo dissenso.

E' vero che l'utente, già con reclamo del 25.03.2013, nel quale richiama altri inoltrati in precedenza, esplicitava la volontà di corrispondere gli importi delle fatture tramite bollettino postale. Nel successivo reclamo dell'11.06.2013 l'utente denunciava ancora il prelievo non autorizzato sul proprio conto corrente; tuttavia, nei numerosi reclami successivi esperiti dall'utente non si rinviene più tale doglianza, con ciò dimostrando l'utente un disinteresse verso tale problematica non più sollevata.

Il gestore non ha dimostrato di aver dato seguito alla volontà espressa dall'utente ma, in ogni caso, tale inadempimento non dà luogo alla corresponsione di un indennizzo non essendo espressamente ricompreso tra le fattispecie indennizzabili indicate nella delibera n. 73/11/ Cons. Né esso può essere indennizzato, per via analogica, ai sensi dell'art. 12 co. 3 della citata delibera in quanto il diverso metodo di pagamento non può costituire di per sé alcun pregiudizio per l'utente, salvo che quest'ultimo provi di aver subito una maggiorazione dei costi dovuta ad eventuali applicazioni di commissioni bancarie o altro. Cosa che non è stata provata nel caso di specie. La richiesta di indennizzo avanzata dall'utente in relazione a tale doglianza non può, dunque, essere accolta.

5.6 Sul mancato raggiungimento della velocità di connessione dati indicata nell'offerta contrattuale

L'utente ha indicato esplicitamente tra le doglianze espresse nelle proprie memorie il fatto che la velocità di navigazione/download e la velocità di trasmissione /upload non hanno mai raggiunto quelle indicate nell'offerta commerciale garantite rispettivamente fino a 20 Mega e fino ad 1 Mega e, per tale motivo, ha richiesto il riconoscimento di un indennizzo da calcolarsi ex art. 12 comma 3, All. A Del. 73/11/Cons.

Tale richiesta non può essere accolta in quanto costituisce senza dubbio una duplicazione di quella avanzata per il malfunzionamento dell'Adsl, concretatosi –per stessa definizione dell'istante- nella lentezza di connessione in relazione alla quale si è già detto al punto 5.2.

5.7 Sul riconoscimento degli indennizzi eventualmente ritenuti di giustizia.

Merita, da ultimo, una valutazione la richiesta da parte dell'utente di ottenere il riconoscimento di ogni altro eventuale indennizzo ritenuto di giustizia dall'Autorità sulla scorta dei fatti così come narrati nell'istanza introduttiva e precisati nelle successive memorie.

La richiesta non può essere accolta e ciò per la semplice ragione che, in ossequio al principio secondo cui *iudex iuxta alligata et provata iudicare debet*, è nella disponibilità dell'istante di chiedere oppure non chiedere la tutela per il pregiudizio subito. Non vi è, dunque, alcuno spazio nella procedura de qua, per riconoscere *ex officio* eventuali indennizzi che non siano stati esplicitamente richiesti dall'utente.

5.8 Sulla restituzione delle somme contestate

Nei reclami l'utente contesta voci di costo di varia natura presenti in fattura, dalle spese di spedizione, alle spese di consegna elenchi, dal mancato allineamento del canone all'offerta sottoscritta, all'anticipato addebito del canone rispetto all'attivazione effettiva del contratto; nonché disconosce il traffico a consumo addebitato.

Per giurisprudenza consolidata, 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: la fattura resta dunque rettificabile in caso di divergenza con i dati reali.

In caso di contestazione da parte dell'utente dell'ammontare della fattura telefonica, sussiste quindi in capo all'operatore l'onere di provare l'esattezza dei dati posti a base della fattura contestata, ovvero di fornire la dimostrazione del corretto funzionamento del contatore centrale e della corrispondenza tra i dati forniti da esso e quelli riportati nella fattura.

Come stabilito da numerose pronunce dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni "è compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibili con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza". E, ancora, l'operatore deve assicurare adeguati strumenti per il controllo del traffico da parte dell'utente. In caso contrario, il rischio di traffico anomalo e di furto di traffico rimangono a carico dell'operatore.

Quanto alla fattura n. 2310173 del 30.3.2013, contestata per l'anticipato addebito del canone (dal 22.3.2013 anziché dal 29.3.2013), Fastweb ha provato come già dalla stessa fattura fosse evincibile la presenza di traffico dal giorno 22 marzo (cfr. rapporto di attivazione del 12.3.2013 in atti); e, in effetti, nonostante le contestazioni dell'utente circa la necessità occorsa di un successivo intervento tecnico, il dettaglio evidenzia comunque il regolare uso dell'utenza anche nei giorni successivi al 22 e antecedenti all'intervento ulteriore del 27 marzo. La domanda pertanto è rigettata.

Quanto alle spese di spedizione (Euro 0,75 i.e.), era onere dell'utente dimostrare che, contrattualmente, aveva pattuito di non ricevere il conto telefonico cartaceo (ma esclusivamente in via telematica, il che avrebbe comportato un risparmio sul recapito postale della fattura). Tale prova non è stata fornita dall'utente che anzi, in totale contraddizione con la doglianza espressa, con lo stesso reclamo ha richiesto l'invio del bollettino postale al domicilio, implicitamente accettandone il relativo costo di spedizione; per quanto concerne poi, la legittimità in senso generale delle spese di spedizione delle fatture, deve rinviarsi, per brevità alla risalente e consolidata giurisprudenza civile. Analoghe considerazioni valgono per la contestazione di detta voce di spesa, presente in tutti i reclami successivi.

Quanto alla fattura n.8421306 del 30.11.2013, contestata per la voce “consegna elenchi telefonici anno 2013”, asseritamente mai avvenuta, pur essendo questo un servizio normalmente affidato dai gestori ad un terzo soggetto e pur essendo la prestazione medesima investita dell’alea concernente una molteplicità di circostanze impeditive estranee alla volontà ed al controllo del gestore, vi è da dire che nulla ha replicato quest’ultimo sul punto specifico e pertanto, stante la deduzione dell’utente, l’importo di Euro 1,51 può essere rimborsato.

Quanto alla fattura n. 479413 del 30.1.2014, di cui si contesta tra le altre, la voce del canone Super Surf, al di là della genericità assoluta della censura, l’importo appare corretto rispetto alla promozione applicata per i primi 12 mesi (25 Euro/mese i.e.) .

Nella fattura n. 3607803, laddove si contesta, tra le altre voci, il consumo del traffico di Euro 0,38, non riconoscendo l’utente la chiamata corrispondente, la somma deve essere rimborsata in quanto l’operatore non ha fornito la prova contraria, dovuta, per quanto già richiamato in premessa, nei casi di disconoscimento di traffico telefonico ; per gli stessi motivi va rimborsata la somma di Euro 0,52 per consumi non riconosciuti a valere sulla fattura n. 5323138 del 25.8.2014.

Quanto alla fattura n. 7033032 del 31.9.2014, dove si contesta l’importo non corrispondente all’offerta Super Surf, il canone bimestrale risulta corretto in quanto, a promozione scaduta, il prezzo di listino applicato sarebbe stato, come da brochure depositata dal gestore, di Euro 45/mese (i.e.), più Euro 3/mese (i.e.) –per sedi non raggiunte direttamente da rete Fastweb-. Peraltro non può sfuggire come tale misura di canone, già applicata sin da aprile 2014, non fosse stata mai reclamata prima di settembre.

Quanto alla fattura n. 3645958 del 31.5.2015, il canone di listino risulta scontato di Euro 10,00 mensili, come riportato nel riepilogo, ragion per cui non si ritiene che un accoglimento della contestazione dell’utente, vada in direzione del suo stesso interesse; vanno invece restituiti Euro 0.98 per consumi non riconosciuti.

Così, in totale, il rimborso ammonta a Euro 3,00.

Sulle spese di procedura

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, tenuto conto anche del mancato rispetto del principio di chiarezza e sinteticità degli atti di parte, previsto ex art. 16 del Regolamento e relative Linee Guida di applicazione, considerato il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese, si ritiene congruo compensare integralmente le spese della procedura di conciliazione e di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza del Sig. M. Annucci nei confronti della società Fastweb XXX.
2. La società Fastweb XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali decorrenti dal deposito dell'istanza di definizione:
 - euro 907,05 (novecentosette/05) a titolo di indennizzo ex art. 5 commi 1 e 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.
 - euro 511,00 (cinquecento undici/00) a titolo di indennizzo ex art. 11 commi 1e 2 allegato A alla Delibera 73/11/CONS.
3. La società Fastweb XXX è tenuta, altresì a rimborsare all'utente, l'importo di Euro 3,00 oltre interessi legali dalla data del pagamento.
4. La società Fastweb XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

Roma, 08/05/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto