CONSIGLIO REGIONALE DELLA BASILICATA

UFFICIO PER LE POLITICHE DELLA RAPPRESENTANZA E DELLA PARTECIPAZIONE

COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI (CO.RE.COM.)

Deliberazione n. 40 /2014

OGGETTO : DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXXXXXXXXX CONTRO FASTWEB S.P.A.

L'anno duemilaquattordici, il giorno 18 del mese di DICEMBRE presso la sede del Co.re.com. si è riunito il Comitato regionale per le comunicazioni.

Sono presenti i Signori

			Pres.	Ass.
1.	LAMORTE Giuditta	Presidente	X	
2.	CORRARO Armando Nicola	Componente		X
3.	LAGUARDIA Gianluigi	Componente		X
4.	RAPOLLA Morena	Componente	X	
5.	STIGLIANO Carmine Sergio	Componente	X	

Definizione della controversia

Rif.: GU14 del 13 gennaio 2014 Prot. n. 283/C
XXXXXXXX
contro
FASTWEB S.P.A.

DELIBERA N.40/2014 del 18/12/2014

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi";
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" ed, in particolare, l'art. 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei Comitati regionali per le comunicazioni, e l'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti ed i gestori;
VISTA la legge regionale del 27 marzo 2000, n. 20, recante norme per la "Istituzione, organizzazione e funzionamento del comitato regionale per le comunicazioni - CO.RE.COM.";
VISTO l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";
VISTO l'Accordo quadro sottoscritto il 4 dicembre 2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, AGCOM), la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee Legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità ed i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra

le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione stipulata il 17 novembre 2011 tra il Presidente del Consiglio regionale di Basilicata, il Presidente del Co.re.com Basilicata ed il rappresentante dell'AGCOM, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Co.Re.Com. Basilicata a partire dal 1 gennaio 2012;

VISTA la delibera dell'AGCOM n. 173/07/CONS e successive modificazioni e integrazioni, recante il "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" (di seguito, "Regolamento");

VISTA la delibera dell'AGCOM n. 529/09/CONS, recante "Approvazione linee guida relative all'attribuzione delle deleghe ai Co.re.com in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche";

VISTA la delibera dell'AGCOM n. 179/03/CSP, recante "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'art. 1, comma 6, lettera b), numero 2, della L. 31 luglio 1997, n. 249";

VISTA la delibera dell'AGCOM n. 73/11/CONS, recante "Approvazione del regolamento in materia d'indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori ed individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. g) della legge 14 novembre 1995, n. 481" (di seguito, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza presentata dall'utente in data 13/01/14 acquisita in pari data al Prot. n. 283/C nei confronti di Fastweb S.p.A.;

VISTA la nota del 11/02/14, Prot. 1397/C, inviata alla parte istante e alla Fastweb S.p.A., con la quale il Co.Re.Com Basilicata ha comunicato, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio del procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

UDITE le parti nel corso dell'udienza del 23/05/14, ai sensi dell'art. 19 dell'Allegato A) della delibera AGCOM n. 173/07/CONS;

VISTO il verbale di udienza n.32/2014 del 23/05/14, con il quale il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 18, comma 4, dell'Allegato A) della delibera AGCOM n. 173/07/CONS, ha trattenuto in definizione la controversia, deferendola all'organo competente a norma dell'art. 19 del medesimo Allegato A);

CONSIDERATO QUANTO SEGUE:

1. Svolgimento del procedimento

In data 13/01/14, la Sig.ra XXXX XXXXX, in qualità di legale rappresentante della XXXXXXXXX, presentava l'istanza di definizione della controversia nei confronti della società Fastweb, acquisita al prot. n. 283/C, esponendo di avere sottoscritto n.3 contratti per tre linee HDSL e due linee telefoniche con la società Fastweb denominate "Small business club" relative alle sedi che la società ha in XXXXXX, XXXXX e XXXXXXXXXX; oltre alle linee telefoniche e dati, l'offerta prevedeva la consegna anche di n. 3 notebook. I notebook non venivano mai consegnati e la società esercitava il diritto di recesso anticipato.

A seguito della disdetta dei contratti venivano emesse dalla società Fastweb fatture di chiusura rapporto contenenti importi esorbitanti e del tutto ingiustificati e, in particolare:

- fattura n. 3564526 del 31/05/2012 per € 3.898,79 riferita al contratto n. 3381041 (sede di XXXXXXXX)
- fattura n. 5476256 del 14/08/12 per € 5.345,16 riferita al contratto n. 3358308 (sede di XXXXXX)
- fattura n. 7781093 del 14/11/12 per € 5.966,92 riferita al contratto n. 3385261 (sede di XXXXXXXXXXX)

Di tali fatture chiedeva lo storno o l'annullamento.

A corredo dell'istanza depositava la documentazione probatoria.

Con memoria difensiva depositata presso il CORECOM Basilicata in data 27/02/14 - prot. 2230/C, la Società Fastweb, a mezzo del proprio Legale, affermava che non vi era stato alcun inadempimento addebitabile alla Fastweb. Precisava in particolare che le somme portate nelle fatture sarebbero state legittimamente richieste in quanto il contratto sottoscritto tra le parti prevedeva un termine minimo di durata di 36 mesi e *"che, in caso di recesso anticipato sarebbero state addebitate: a) le rate residue del pc in un'unica soluzione; b) la differenza degli importi mensili scontati vocevoce+internet rispetto agli importi standard, moltiplicata per i mesi in cui il cliente è stato attivo; c) un importo per i costi di disattivazione sostenuti da Fastweb"*. Essendosi il contratto chiuso prima del periodo predeterminato, quindi, sarebbe stato legittimo l'addebito delle somme suddette. Concludeva quindi per il rigetto delle domande formulate dalla società istante.

L'utente, con memoria di replica del 05/03/14, prot. n. 2413/C, contestava le affermazioni della Fastweb S.p.A. e, in particolare, insisteva in tutte le proprie richieste ribadendo che i computer che avrebbero dovuto essere inviati non erano mai stati consegnati alla società istante e che, pertanto, del tutto infondata era la richiesta di pagamento degli stessi da parte di Fastweb.

Convocate ritualmente le parti, all'udienza del 23/05/14 comparivano, per la società istante il sig. XXXXXX XXXXXX, in qualità di socio accomandante, unitamente all'Avv. XXXXXX XXXXX, giusta delega in atti; per la Fastweb compariva l'Avv. Alessandro Fiore.

La parte istante si riportava alle richieste formulate nel mod. GU14 e alle proprie controdeduzioni; la società Fastweb S.p.A. si riportava al contenuto della propria memoria difensiva del 26/02/14 e ai documenti ivi allegati.

Preso atto che le parti non trovavano un accordo, il Responsabile del procedimento tratteneva la questione in definizione.

2. Motivi della decisione

2.1 In via preliminare, deve rilevarsi che la competenza a pronunciarsi sulla definizione di tale controversia spetta al Comitato regionale per le comunicazioni.

2.2 Si osserva, inoltre, che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è, pertanto, proponibile.

Nel merito

2.3 La domanda avanzata dall'utente è fondata e deve trovare accoglimento.

In materia, infatti, la vigente normativa (articolo 1, comma 3, della legge 40/2007) legittima la società erogatrice del servizio a richiedere al consumatore la corresponsione dei soli costi da essa sostenuti per il recesso anticipato dal contratto.

Al contrario, nel caso di specie risultano essere state addebitate nelle fatture contestate somme esorbitanti, indicate come "Importi una tantum solo in questo conto" senza alcuna specifica in ordine al motivo della richiesta.

L'operatore, a fronte delle contestazioni dell'utente inerenti alle somme contestate, nella sua memoria ha sostenuto che si tratterebbe di somme addebitate in ossequio al dettato contrattuale per *: "a) le rate residue del pc in un'unica soluzione; b) la differenza degli importi mensili scontati voce+internet rispetto agli importi standard, moltiplicata per i mesi in cui il cliente è stato attivo; c) un importo per i costi di disattivazione sostenuti da Fastweb"*, ma né nelle fatture né nella memoria e/o nei documenti ad essa allegati è specificata la natura degli addebiti, ovvero a quanto ammonterebbero le singole voci tariffarie.

Sul punto la giurisprudenza dei CORECOM ha costantemente ritenuto la illegittimità delle somme addebitate senza specifica: *"In caso di recesso comunicato dall'utente all'operatore, deve considerarsi illegittima l'imputazione dei "costi dell'operatore", in quanto non giustificati nelle singole voci secondo quanto*

previsto dalla delibera Agcom n. 77/10/CIR nella quale si stabilisce l'onere dell'operatore di fornire un adeguato supporto probatorio atto a dimostrare la congruenza tra costi giustificati e voci di addebito imputate sotto la dicitura "somma dovuta per recesso anticipato". ***Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 4/12 (Conformi: Corecom Emilia-Romagna Determinazione n. 7/12;); "****In caso di contestazione da parte dell'utente delle voci di addebito fatturate sotto la dicitura "corrispettivo recesso anticipato/disattivazioni anticipate", l'operatore deve dimostrare l'equivalenza degli importi fatturati a titolo di recesso ai costi effettivamente sostenuti per la gestione della procedura di disattivazione, in conformità a quanto previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/2007* ***Corecom Emilia-Romagna Delibera n. 9/12****.*

Si deve peraltro segnalare un comportamento poco chiaro dell'Operatore telefonico che – sebbene più volte richiesto dall'utente, come comprovato dalle comunicazioni e-mail da questi inviate all'operatore e depositate in atti – non ha mai inviato le condizioni generali di contratto che, peraltro, non sono state depositate nemmeno in questa sede.

Inoltre, in ossequio alla normativa vigente, nel caso di specie avrebbero dovuto essere indicati e, quindi, addebitati, i soli costi sostenuti da Fastweb per la gestione della pratica di disattivazione, mentre non possono essere previste penali ad altro titolo. Nulla l'operatore ha provato sul punto.

In ogni caso, se anche le condizioni di contratto avessero previsto una penale per il recesso anticipato, questa clausola contrattuale dovrebbe comunque ritenersi nulla siccome contraria a norma imperativa di legge. E' infatti pacifico che: "*In base a quanto stabilito dalla legge n. 40/2007, a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso, gli unici importi che possono essere posti a carico dell'utente sono quelli giustificati da costi effettivi sostenuti dagli operatori, ovvero le spese per cui sia dimostrabile e dimostrato un pertinente e correlato costo sopportato per procedere alla disattivazione.* ***Agcom Delibera n. 70/10/CIR (Conformi: Agcom Delibera n. 77/10/CIR; Agcom Delibera n. 126/10/CIR; Agcom Delibera n. 86/11/CIR.)***

La legge n. 40/2007 stabilisce che a fronte dell'esercizio della facoltà di recesso da parte dell'utente, gli unici importi che possono essere posti a carico di quest'ultimo sono quelli giustificati da costi effettivi sostenuti dagli operatori, ovvero le spese per cui sia dimostrabile e dimostrato un pertinente e correlato costo per procedere alla disattivazione.

*Nel caso di specie nulla è stato dimostrato dall'operatore, perciò l'utente ha diritto allo storno di quanto indebitamente fatturato. (****Corecom Lazio Delibera n. 11/10)***

Inoltre, quanto alle rate residue per i pc, l'utente ha espressamente lamentato che i computer non sono mai stati consegnati, mentre la società non ha provato di avere adempiuto ai propri obblighi contrattuali.

In base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al 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), 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 ad allegare l'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.

Pertanto, considerato che non vi è prova che i PC che la Fastweb avrebbe dovuto consegnare ai sensi dei contratti sottoscritti con l'utente siano stati consegnati, non è ammissibile che se ne chieda l'integrale pagamento, anche ove previsto nell'ambito del contratto.

Ne discende che deve ritenersi sussistente in capo all'utente il diritto allo storno di tutte le fatture contestate nel presente procedimento e, precisamente:

- fattura n. 3564526 del 31/05/2012 per € 3.898,79 riferita al contratto n. 3381041 (sede di XXXXXXXXXX)
- fattura n. 5476256 del 14/08/12 per € 5.345,16 riferita al contratto n. 3358308 (sede di XXXXXX)
- fattura n. 7781093 del 14/11/12 per € 5.966,92 riferita al contratto n. 3385261 (sede di XXXXXXXXX)

P. Q. M.

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni di Basilicata

DELIBERA

in accoglimento dell'istanza acquisita al protocollo GU14 del 13 gennaio 2014 Prot. n. 283/C

l'operatore FASTWEB S.P.A. è tenuto a:

- provvedere allo storno integrale delle fatture emesse in danno della società istante, e precisamente:

  fattura n. 3564526 del 31/05/2012 per € 3.898,79 riferita al contratto n. 3381041 (sede di XXXXXXX)

  fattura n. 5476256 del 14/08/12 per € 5.345,16 riferita al contratto n. 3358308 (sede di XXXXXX)

  fattura n. 7781093 del 14/11/12 per € 5.966,92 riferita al contratto n. 3385261 (sede di XXXXXXXXXX)

- corrispondere € 500,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura, ai sensi dell'art 19, comma 6, del Regolamento approvato con Delibera n.173/07/CONS ss.mm.ii..

La somma complessiva di **€ 500,00** dovrà essere corrisposta entro 120 giorni dalla data di notifica della presente delibera a mezzo assegno bancario intestato alla XXXXXXXXX, da inviare, a mezzo raccomandata A/R o assicurata, presso la sede della società in Via XXXXXXXXX XXXXX.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento.

In forza dell'art. 19, comma 3, del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine, ai sensi dell'art. 98, comma 11, del D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

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'articolo 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente decisione è comunicata alle parti, trasmessa all'AGCOM per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* dell'Autorità.

Il Presidente
(Avv. Giuditta Lamorte)

Il Dirigente
(dr.ssa Vesna Alagia)

Gli esperti giuridici estensori: