

DELIBERA DL/26/16/CRL/UD del 18 marzo 2016

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

RAINES xxx / FASTWEB xxx

(LAZIO/D/58/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 18 marzo 2016;

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 Lazio 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 Raines xxx del 26 gennaio 2015 ;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

La Raines xxx ha introdotto la presente controversia in relazione a due contratti per servizi di telefonia fissa e ADSL di tipo business con l’operatore Fastweb : 1) Codice Cliente 035**48 per la sede di via del Casaletto, in Roma; 2) Codice Cliente 051**97 per la sede di via del Trullo, sempre in Roma.

L’utente ha lamentato l’addebito di traffico a consumo già ricompreso nel bundle offerto, dei costi per il recapito degli elenchi telefonici mai ricevuti, nonché dei costi di attivazione e dei canoni per indirizzo IP richiesto nel mese di agosto 2004 ed attivato nel mese di dicembre 2005 .

Nell’istanza di definizione e nelle memoria difensiva, l’istante in particolare ha lamentato:

- i. In relazione al contratto n. 035**48 (utenza della sede di Roma, Via del Casaletto) sono stati addebitati costi per consumi telefonici che invece erano già ricompresi nel canone di abbonamento mensile ed i costi per la consegna degli elenchi telefonici mai avvenuta;
- ii. In relazione al contratto n. 051**97 (utenza della sede di Roma, Via del Trullo) sono stati addebitati costi per attivazione e canoni per l'indirizzo IP richiesto ad Agosto 2004 ed attivato solo a dicembre 2005, al fine di poter collegare anche l'altra sede tramite rete VPN; anche per tale contratto erano stati addebitati costi per elenchi telefonici mai recapitati;
- iii. pertanto, per la sede di Via del Trullo l'effettiva fruizione del servizio IP è avvenuta solo nel mese di Dicembre 2005 quando lo stesso è stato effettivamente attivato anche a Via del Casaletto;
- iv. di aver provveduto a segnalare quanto sopra in data 27 ottobre 2004 e 29 agosto 2005 contemporaneamente sollecitando anche l'attivazione dell'indirizzo IP della sede di Via del Casaletto.

Alla luce di tali premesse, l'utente chiede:

- a. relativamente al Contratto n.0355048, il rimborso dei consumi di telefonia erroneamente addebitati e dei costi per il recapito elenchi telefonici;
- b. relativamente al Contratto 0518897, il rimborso dei costi di attivazione e dei canoni dell'indirizzo IP fino alla data di effettiva disponibilità (e quindi di effettiva fruizione del servizio), nonché dei costi per il recapito elenchi telefonici;
- c. l'indennizzo per mancata risposta ai reclami;
- d. l'indennizzo per mancato rispetto degli *standards* di qualità;
- e. il rimborso delle spese di procedura.

2. La posizione dell'operatore Fastweb.

Fastweb ha dedotto:

- i. in via preliminare, l'inammissibilità delle richieste avanzate in sede di istanza di definizione nella parte in cui non siano coincidenti con quelle avanzate in sede di conciliazione ovvero non abbiano formato oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione;
- ii. che, quanto alla prima proposta di abbonamento Cod. Cliente 0355048 - Via del Casaletto denominata "Fast Inclusive DX" , la stessa prevedeva 4 linee voce + 4 utilizzatori, un canone mensile di Euro 495,00 + IVA per la fruizione – senza scatto alla risposta - di 60 ore di chiamate locali, 30 ore per chiamate nazionali, 80 ore per chiamate a cellulari, tutte le chiamate a numeri Fastweb gratuite ;
- iii. di aver correttamente fatturato ed applicato le tariffe concordate e gli importi richiesti;
- iv. che le contestazioni dell'utente relative a fatture del 2004, 2005 e 2006 devono essere ritenute inammissibili in quanto intempestive rispetto al termine di 30 giorni dall'emissione, previsto dall'Art. 22 delle Condizioni Generali di Contratto relativamente ai reclami su fatture;
- v. che le medesime osservazioni valgono anche in merito al Contratto n. 0518897 relativo alla sede di Via del Trullo;
- vi. che l'IP veniva correttamente configurato in data 30 agosto 2004 come da schermata Trouble Ticketing Sistem che deposita;

- vii. che detta attivazione e l'erogazione del relativo servizio non erano compresi nell'offerta precedentemente sottoscritta e che, pertanto il contributo di attivazione di Euro 250,00 e quello di Euro 50,00 mensili per l'erogazione del servizio erano corretti;
- viii. che ad oggi l'utente presenta un insoluto di Euro 617,17 come da quadro contabile che allega. Fastweb, pertanto, conclude per il rigetto dell'istanza di definizione.

3.La replica dell'utente

In data 16.3.2015 l'utente replicava che dalle fatture depositate emergeva chiaramente che i consumi di telefonia fatturati rientrassero nel plafond non eroso per intero e di aver proceduto a contestare tempestivamente tali errori; quanto al contratto per via del Trullo, ammetteva l'attivazione dell'indirizzo IP il 30 agosto 2004, precisando che tuttavia il servizio non poteva essere fruito per la ritardata attivazione dell'indirizzo IP di via del Casaletto, avvenuta solo in data 11.1.2006 (come da fattura n. 371633 del 14.2.2006), dato che le due sedi dovevano essere collegate tramite rete VPN. Pertanto il rimborso dei canoni IP richiesto per il contratto di via del Trullo, doveva intendersi limitato al periodo 30.9.2004-30.11.2005 per Euro 1345,00.

Le somme richieste a rimborso erano dunque quantificabili in : 1) € 225,49 (consumi) 2) € 63,56 (consegna elenchi) 3) € 1.345,00 (canoni)

4. 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.

Viene rigettata l'eccezione di inammissibilità formulata da FASTWEB relativa alla proposizione di domande nuove da parte dell'utente. Il gestore, infatti, formula una generica e non puntuale eccezione di stile senza specificare quali siano nel caso di specie le domande nuove rispetto a quelle proposte in sede di conciliazione. Tale contestazione, pertanto, così come formulata, non offre elementi in base ai quali possa essere presa in seria considerazione ed accolta.

Si precisa che avendo l'utente depositato gran parte della documentazione utile alla controversia soltanto in replica alle memorie di controparte, impedendo di fatto una puntuale presa di posizione sulla stessa al gestore, compromettendone parzialmente il diritto di difesa, la stessa documentazione deve essere stralciata ai fini della decisione, ad eccezione delle fatture depositate che, essendo di produzione di controparte, erano comunque nella disponibilità di quest'ultima, a prescindere dal deposito delle stesse al fascicolo, essendo già state sufficientemente individuate nelle precedenti deduzioni dell'utente.

4.1 Sul contratto n. 0355048 (Via del Casaletto)

Rispetto a detto contratto, l'utente contesta la debenza degli importi per traffico contabilizzato a consumo, invece ricompreso nell'offerta.

La domanda dell'utente è solo parzialmente accoglibile.

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.

Orbene, sulla base di tale criterio di riparto dell'onere della prova e vertendo la contestazione sulla corretta applicazione delle condizioni tariffarie del contratto, era onere dell'utente depositare il contratto e le condizioni economiche a suo tempo sottoscritte, quale fonte negoziale della propria pretesa a vedersi applicare correttamente quanto pattuito. Onere non assolto.

Supplisce tuttavia la parziale ammissione del gestore sulle caratteristiche dell'offerta (non rinvenibile nella PDA del 30.6.2004, pure depositata da Fastweb) che in memoria riassume il bundle sottoscritto come comprensivo di 60 ore gratuite vs chiamate locali, 30 ore vs chiamate nazionali, 80 ore vs cellulari, chiamate gratuite vs numeri Fastweb e nessuno scatto alla risposta; il tutto per Euro 495 mensili + IVA.

Occorre inoltre rammentare che, 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 (CASS. 17 febbraio 1986 n. 947).

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 (CASS. 28 maggio 2004 n. 10313 e CASS. 2 dicembre 2002 n.17041).

Trattandosi pertanto di erronea imputazione nella contabilizzazione di traffico, spettava a Fastweb provare che quello fatturato a consumo avesse effettivamente superato la soglia compresa nel canone per le differenti tipologie di chiamate evidenziate.

Non avendo Fastweb provato nulla sulla fondatezza di quanto contabilizzato, ne consegue che l'istante ha diritto al rimborso di quanto pagato ed a suo tempo e formalmente reclamato.

Risulta un solo reclamo utilmente depositato con l'istanza di definizione relativo all'erronea contabilizzazione del traffico, quello del 4.11.2004 su fattura 1672288 del 14/10/2004 per € 20,97. Tale somma deve dunque essere rimborsata da Fastweb, previa verifica dell'effettivo pagamento.

Nessuna contestazione è emersa in riferimento alla mancata consegna degli elenchi telefonici e ai relativi costi addebitati. Con le repliche l'utente segnala di aver interloquuto con il servizio clienti

sul punto, senza tuttavia fornire alcun elemento quale data, operatore e n. di pratica assegnato al reclamo, che ne consentano la tracciabilità, secondo regolamentazione di settore.

Non è pertanto accoglibile la domanda di rimborso dei costi relativi alla consegna degli elenchi telefonici.

Si precisa, riguardo all'onere incombente sull'utente di allegazione delle contestazioni e delle segnalazioni rivolte illo tempore al gestore, che questo deve essere interpretato con particolare rigore nel caso di specie, trattandosi di fatti risalenti a oltre dieci anni prima l'instaurazione del contenzioso.

4.2 Sul contratto n. 0518897 (via del Trullo)

L'utente deduce di aver richiesto l'attivazione di due servizi IP presso le proprie sedi al fine di collegarle tramite una rete VPN e di non aver potuto usufruire del servizio a causa del ritardo nell'attivazione dell'indirizzo IP della sede di via del Casaletto, attivato solo a gennaio 2016 .

Il gestore non nega la richiesta di attivazione dei servizi in questione, ma ha provato la attivazione dell'IP in via del Trullo in data 30.8.2004, mediante relativo Trouble Ticket

Da quanto dichiarato dall'istante, e non confutato dal gestore, il servizio richiesto risulta essere stato fruito solo a partire dal mese di dicembre 2005, con l'attivazione del servizio IP anche presso l'altra sede di via del Casaletto e, quindi, nel momento in cui è stato attivo in entrambe.

Nel silenzio del gestore su quest'ultimo punto, l'utente ha depositato la fattura n.371633 del 14.2.2016 che indica quale data di attivazione dell'indirizzo IP (*Address 1*), il 11.1.2016 con azzeramento del costo e un canone di € 30,00/bimestre.

Risulta pertanto provata la dedotta circostanza dell'impossibilità di utilizzo del servizio in via del Trullo tra il 30.8.2004 e il 11.1.2016 (data di attivazione del secondo indirizzo IP) con conseguente diritto dell'utente al rimborso dei canoni.

Ne sono una riprova anche i reclami inoltrati al gestore: il reclamo del 27 ottobre 2004, di contestazione della fattura 1493539 del 30/09/2004, quanto all'addebito del contributo di attivazione e del canone di utilizzo del servizio IP per la sede di Via del Trullo, effettivamente avvenuto in data 30/08/2004 ma ancora inutilizzabile in mancanza di contestuale attivazione del servizio presso l'altra sede, nonchè il reclamo del 29 agosto 2005, relativo alle fatture nn. 1493539/04, 1902484/04, 123462/05, 584721/05, 1078226/05 per contestare l'addebito del canone di utilizzo del servizio IP per la sede di Via del Trullo ancora inutilizzabile in mancanza di contestuale attivazione del servizio presso l'altra sede.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, spetta pertanto all'Utente il rimborso di quanto indebitamente pagato dal mese di ottobre 2004 al mese di dicembre 2005, a titolo di canone per l'indirizzo IP sul contratto n. 0518897 (via del Trullo) per un totale di € 802,50 (ft 1493530 del 30.9.2004; ft.1902487 del 30.11.2004; ft 123462 del 31.1.2005; ft 584721 del 31.3.2005; ft 1078226 del 31.5.2005; ft 1606841 del 31.7.2005; ft 2156480 del 30.9.2005; ft 274606 del 30.11.2005)

Non è invece accoglibile la domanda di rimborso del costo di attivazione del servizio per € 250,00 a valere sulla ft. 1493530 del 30.9.2004, in quanto il servizio collegato all'indirizzo IP è

stato poi effettivamente fruibile dal mese di Dicembre 2005, né l'utente ha depositato contratto che dimostri condizioni economiche differenti..

Con analoghe motivazioni espresse per il contratto n. 0355048 (Via del Casaletto), si respinge la richiesta di rimborso dei costi per il recapito degli elenchi telefonici

4.3 Indennizzo per mancato rispetto degli *standards* di qualità.

La domanda non è ammissibile per assoluta genericità ed impossibilità di interpretarne la pertinenza con uno specifico inadempimento del gestore.

Tento conto delle circostanze dedotte dall'utente e a chiarimento dei criteri che presiedono alla liquidazione dell' indennizzo, si precisa quanto segue.

L'indebita fatturazione non dà diritto ad alcun indennizzo oltre alla regolarizzazione della posizione contabile mediante rimborso delle somme oggetto di contestazione.

La tardiva attivazione del servizio accessorio (indirizzo IP) di via del Casaletto, circostanza dedotta dall'utente unicamente a supporto della pretesa di rimborso dei canoni dell'altro servizio accessorio in via del Trullo, sarebbe di per sé astrattamente passibile di indennizzo, ma non è stata provata la data della richiesta (stipula contrattuale) per l'attivazione di detto servizio, onere incombente sull'utente quale fonte negoziale del preteso adempimento; negli stessi reclami questi riferisce di una richiesta in pari data per le due sedi, senza tuttavia indicarla; non è specificato nemmeno se la richiesta fosse già contenuta nei contratti originari (non depositati) o fosse frutto di un'integrazione successiva. In mancanza di tali elementi circostanziali non è pertanto possibile procedere ad un computo dell'indennizzo conseguente al ritardo nell'adempimento della prestazione.

4.4 Sulla mancata risposta ai reclami.

La domanda dell'istante è fondata.

Risultano depositati con l'istanza di definizione due reclami relativi a fatture diverse ma attinenti alla medesima problematica dei costi di un indirizzo IP non fruibile, per mancata, contestuale attivazione di quello richiesta in altra sede (27.10.2004 e 29.8.2005).

Rileva, infatti, 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.

Non è accoglibile l'eccezione del gestore del mancato rispetto del termine previsto dalle c.g.c. per la contestazione delle fatture (30 giorni dall'emissione) in quanto seppur funzionale all'attività di verifica ed eventuale rettifica della fatturazione all'interno del rapporto contrattuale, lo stesso non

rileva ai fini del termine regolamentare previsto per la risposta, che deve essere in ogni caso fornita, seppure in rigetto del reclamo stesso.

Per la determinazione dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 2 e 11.1 e 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi si riconosce, a valere sul primo reclamo del 27.10.2004, al netto del tempo utile alla risposta, l'importo di Euro 300,00.

5. Sulle spese di procedura.

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con Delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00) considerate le difese svolte ed il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento;

DELIBERA

1. Accoglie l'istanza della società Raines xxx nei confronti delle società FASTWEB xxx.
2. La società FASTWEB xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) a titolo di spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - € 802,50 (ottocentodieci/50), a titolo di rimborso per l'indebita fatturazione del canone per il servizio IP non usufruito;
 - € 20,97 (venti/97), a titolo di rimborso per l'indebita fatturazione di costi di telefonia non dovuti;
 - € 300,00 (trecento /00), a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo ex art.11.1 e 2 Allegato A alla delibera n.73/11/CONS
3. 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.
4. 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.
5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
6. 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 sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, lì 18 marzo 2016

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto