

DETERMINA 44 Fascicolo n. GU14/560145/2022

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX /FASTWEB SPA

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

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 “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/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. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/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;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

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

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: “Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione”;

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1 gennaio 2023;

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni al Comitati Regionali per le comunicazioni tra L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana" sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l'incarico di responsabile del Settore "Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione", con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l'istanza dell'utente XXX, del 24/10/2022 acquisita con protocollo n. 0306075 del 24/10/2022;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquisita agli atti del procedimento, è risultato che:

1. La posizione dell'istante.

La parte istante titolare di un contratto residenziale sull'utenza n. 058695xxxx con la società Fastweb Spa, di seguito, per brevità, Fastweb, lamenta la prosecuzione della fatturazione dopo la migrazione ad altro operatore.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione acquisita al fascicolo, ha dichiarato:

"di continuare a ricevere le fatture Fastweb nonostante sia migrato ad altro operatore a giugno 2022"

In data 24 ottobre 2022 la parte istante esperiva nei confronti dell'operatore Fastweb tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso

In base a tali premesse l'istante, quantificando la sua richiesta in euro 300,00, ha chiesto:

- i) "storno insoluto".
- ii) "indennizzo per mancata risposta al reclamo".

2. La posizione dell'operatore.

La società Fastweb ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una memoria difensiva, nella quale, nel rilevare l'infondatezza di quanto *ex adverso* dedotto, in via preliminare ha eccepito l'*"inammissibilità dell'istanza di definizione È noto che l'art. 14 del regolamento onera l'utente che attivi la procedura di definizione di corredare la propria istanza dei documenti comprovanti la fondatezza della sua pretesa. Nel caso di specie l'utente non ha prodotto assolutamente nulla, lasciando indimostrata persino l'esistenza stessa del rapporto contrattuale. In merito alle richieste avanzate si specifica che l'utente, pur contestando la legittimità delle fatture emesse dalla Fastweb a far data dal mese di Giugno 2022, non produce alcuna documentazione al riguardo. Parimenti l'utente, nel richiedere la corresponsione di un*

indennizzo per mancata risposta al reclamo, non produce alcuna segnalazione e/o reclamo al quale la Fastweb non avrebbe fornito risposta. Si chiede, pertanto, che il Corecom adito si pronunci motivatamente per l'inammissibilità dell'istanza. In proposito si consideri che tale valutazione va fatta "allo stato degli atti" e con riferimento alla data di deposito del formulario.

Pur ritenendo che la valutazione avente ad oggetto l'inammissibilità della domanda risulti assorbente rispetto alle questioni inerenti il merito della vicenda che in questa sede ci occupa, il sottoscritto difensore, per mero scrupolo difensivo, intende comunque evidenziare l'assoluta infondatezza della richiesta avanzata dall'utente.

Con riferimento in primo luogo alla richiesta di storno dell'insoluto, occorre, infatti, evidenziare come allo stato l'utente non risulti debitore di alcuna somma nei confronti della Fastweb.

Parimenti infondata appare, altresì, la contestazione in merito alla mancata risposta al reclamo e alla conseguente richiesta di riconoscimento a tale titolo di un indennizzo. Al riguardo occorre, infatti, considerare che se anche volessimo cedere per un attimo alla ricostruzione dei fatti così come mannita (ma non provata – ricordiamo che controparte non ha prodotto assolutamente nulla) da parte del Sig. XXX, ovverosia che in data 28.09.2022 avrebbe inoltrato un reclamo nei confronti della Fastweb, tale circostanza, paradossalmente, dimostrerebbe l'infondatezza della domanda stessa. Stando, infatti, a quanto sostenuto da controparte, infatti, il reclamo sarebbe stato inviato in data 28.09.2022 e soltanto due giorni dopo (01.10.2022) veniva depositata l'istanza UG. Se è vero, come è vero, che l'operatore ha a disposizione un termine di 45 giorni per riscontrare il reclamo e che soltanto all'inutile spirare di tale termine matura il diritto all'indennizzo, allora apparirà di tutta evidenza come all'utente non possa essere riconosciuto alcun indennizzo per la mancata risposta al reclamo.

Per le su esposte ragioni la Fastweb S.p.A. chiede rigettarsi l'avversa istanza per sua inammissibilità e, in subordine per sua infondatezza".

3. La replica dell'istante.

La parte istante ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, una replica con la quale ha ribadito la propria posizione e, producendo in copia la fattura Wind del 22.07.2022 e del reclamo a Fastweb effettuato tramite il legale di fiducia a mezzo pec in data 28 settembre 2022 con cui contestava le fatture di luglio, agosto e settembre 2022, ha evidenziato *"che la linea 0586 95xxxx migrò da Fastweb a Wind in data 07.06.2022, pertanto tutte le fatture Fastweb emesse successivamente a tale data sono da annullare in quanto non dovute e vanno rimborsate al cliente quelle erroneamente pagate di luglio, agosto, settembre 2022 per complessivi euro 104,61. Infine, andrà indennizzata la mancata risposta al reclamo PEC che si produce in copia con ricevuta di avvenuta consegna, poiché il gestore non ha provato di aver risposto al suddetto reclamo"*.

4. La controreplica dell'operatore

L'operatore ha fatto pervenire, nei termini stabiliti dal vigente regolamento, le controdeduzioni al fine di osservare quanto segue:

"1. La produzione documentale effettuata dall'utente solo in sede di repliche andrà considerata tardiva: il comma 3 dell'art. 14 del regolamento, difatti, nel richiamare l'art. 6, prevede che la documentazione a supporto dell'istanza, vada presentata unitamente al formulario GU14 a pena di inammissibilità della stessa. A conferma di ciò milita la lettera del successivo art. 16, secondo comma, che nel dare diritto all'operatore di presentare memorie difensive e documentazione entro 45 giorni dall'avvio del procedimento, conferisce ad entrambe le parti, nei successivi 20 giorni, la facoltà di presentare memorie di replica ma non anche di depositare documentazione esistente già alla data del deposito del ricorso introduttivo.

2. *La (ripetesi: tardiva) produzione documentale, in realtà conferma quanto anticipato nelle memorie difensive in ordine alla infondatezza della pretesa di indennizzo per mancata risposta al reclamo. È fatto storico, dedotto e documentato dallo stesso utente, che la pec di reclamo sia stata inviata il 28.09.22 ed è fatto altrettanto storico che il formulario UG sia stato depositato il 01.10.22: dopo solo 3 giorni dal reclamo. Ebbene: se non bastasse la logica a permettere di concludere che non è pensabile pretendere di ottenere un indennizzo per un reclamo a cui lo stesso utente non ha dato tempo all'operatore di rispondere, si rende necessario richiamare le pronunce pubblicate sull'argomento da parte dei comitati territoriali e, per spirito di sintesi, si trascrive qui di seguito il passaggio della determina GU14/469503/2021 del 18.03.22 con la quale il Corecom Abruzzo ha compendiato il thema decidendum: (...) Fuori discussione, dunque, che il XXX possa percepire il predetto indennizzo.*

3. *Nessun rilievo ha la (anche in questo caso) tardiva produzione della fattura della Wind permanendo, tuttora (e definitivamente), la mancata produzione delle fatture in contestazione e la ulteriore documentazione a supporto dell'istanza avanzata dal XXX".*

5. La controreplica dell'istante.

L'istante, nei termini stabiliti dal vigente regolamento ha eccepito all'operatore che *“nel merito, è pacifico che si possano allegare documenti alla memoria di replica se essi sono funzionali alla memoria medesima”*.

6. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In primis,

con riferimento all'eccezione dell'operatore circa l'inammissibilità dell'istanza, si rammenta che ai sensi del vigente *“Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi”*, (di seguito *“Regolamento”*) l'articolo 14, comma 3, *“Istanza di definizione della controversia”* dispone: *“A pena di irricevibilità, l'istanza con cui viene deferita la risoluzione della controversia è presentata mediante compilazione del modello GU14 e contiene, a pena di inammissibilità, le medesime informazioni di cui all'articolo 6, comma 1, oltre agli estremi del verbale di mancata conciliazione o di soluzione parziale della controversia e, ove previsto, copia dello stesso”*.

Il richiamato articolo 6, comma 1, del Regolamento a sua volta definisce come elementi che *“devono essere indicati, a pena di inammissibilità:*

a) il nome, il cognome e la residenza o il domicilio dell'utente, ovvero la denominazione, il rappresentante legale e la sede in caso di persone giuridiche;

b) il numero dell'utenza interessata dal disservizio, in caso di servizi telefonici o di accesso a internet, ovvero il codice cliente o il numero di contratto per le altre tipologie di servizi o in caso di disservizi riguardanti un numero di utenze superiore a cinque;

c) la denominazione dell'operatore o del fornitore di servizi di media audiovisivi interessato;

d) i fatti che sono all'origine della controversia tra le parti;

e) le richieste dell'istante e, ove possibile, la loro quantificazione in termini economici”.

Ebbene nel caso che ci occupa i suddetti elementi sono presenti nell'istanza di definizione e, quindi, l'eccezione dell'operatore sul punto è rigettata.

In ordine alla tardività della produzione documentale eccepita dall'operatore, si rappresenta che Agcom da sempre ha ritenuto detta produzione ammissibile, trattandosi non già di documenti

relativi a circostanze nuove e non dedotte antecedentemente dalla parte, bensì di documentazione offerta in replica alle eccezioni dell'operatore (copia del reclamo trasmesso all'operatore) e, in ogni caso, già conosciuta da parte del gestore (Delibera n. 121/17/CIR) ovvero trattandosi di documentazione (fattura nuovo operatore), depositata per controdedurre alle difese avversarie. (c.fra Delibera 167/17/CIR).

Nel merito.

L'istante ha lamentato di continuare a ricevere le fatture Fastweb nonostante fosse migrato ad altro operatore in data "7 giugno 2022".

La doglianza della parte istante è fondata nei termini di seguito esposti.

Agli atti del procedimento risulta che a far data 7 giugno 2022, l'utenza n. 058695xxxx fosse fatturata da altro operatore diverso da Fastweb.

Sebbene la richiesta dell'istante risulti formulata in modo alquanto generico, si ritiene che la stessa sia sostanzialmente da ricondursi alla fattispecie della "doppia fatturazione".

Sul punto, a fronte della contestazione dell'istante, l'operatore avrebbe dovuto provare di aver continuato ad erogare all'utente i servizi telefonici nel periodo contestato (luglio-settembre 2022).

Infatti, atteso che la fattura non costituisce un negozio di accertamento, idoneo a rendere certa e 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 e il convincimento dell'operatore telefonico, non si ritiene lecito pretendere il pagamento della prestazione senza provare che la stessa sia stata correttamente fornita (*ex multis*, Delibera Agcom n. 211/18/CIR).

Sul punto si rileva che, in assenza di prova contraria, il contegno dell'operatore, il quale - pur a fronte della contestata mancata fornitura del servizio a seguito del passaggio ad altro operatore - prosegue la fatturazione, è da ritenersi contrario al generale principio di buona fede di cui all'art. 1175 c.c., privo di causa per mancanza di corrispettività degli importi fatturati.

Ne consegue l'illegittimità di tutta la fatturazione, eventualmente, emessa dal gestore telefonico riferita a periodi successivi al giorno del 6 giugno 2022.

Per quanto sopra esposto, la parte istante, con riferimento alla domanda *sub i*), ha diritto alla regolarizzazione della propria posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento) degli importi fatturati successivamente al 6 giugno 2022 fino a chiusura del ciclo di fatturazione, oltre al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Viceversa, non merita accoglimento la richiesta d'indennizzo per mancata risposta al reclamo in quanto, stante il reclamo inviato in data 28 settembre 2022, si osserva che l'udienza di conciliazione, durante la quale deve ritenersi trattata la materia oggetto di reclamo, si è tenuta in data 24 ottobre 2022, dunque nel termine di quarantacinque giorni che l'operatore si riserva per dare riscontro ai reclami. (Determina Direttoriale 16/22/DTC/CW).

DETERMINA

La società FASTWEB SPA, in parziale accoglimento dell'istanza del 24/10/2022, è tenuta a regolarizzare, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, la posizione contabile amministrativa mediante lo storno (o il rimborso in caso di avvenuto pagamento con le modalità di pagamento indicate nel formulario, in favore dell'istante l'importo maggiorato degli interessi legali

a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza) gli importi fatturati successivamente al 6 giugno 2022 fino a chiusura del ciclo di fatturazione, oltre al ritiro, a cura e spese del gestore, della pratica di recupero del credito eventualmente aperta.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente

Cinzia Guerrini

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)