

ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA

*Comitato Regionale per le Comunicazioni*

DELIBERA n.	7/2013
TITOLO	1.10.21/366
	1.10.4
LEGISLATURA	IX

Il giorno 7 febbraio 2013 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il CORECOM dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIANLUCA GARDINI

Presidente

GIUSEPPE BETTINI

Vicepresidente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa PRIMAROSA FINI.

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA XXXXX E FASTWEB, SOCIETA' SOGGETTA ALL'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SWISSCOM.



## Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "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 Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 5 gennaio 2011 (titolo n. 1.10.21/366), con la quale il sig. XXXXX, residente nel Comune di XXXXX, rappresentato dagli avv. Genna e Falzone, elettivamente domiciliato presso lo studio di questi, nel Comune di XXXXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, la controversia in essere con la società Fastweb, società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel comune di XXXXX, relativamente al contratto n. 000;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 25829/2011);

VISTA le memorie autorizzate di Fastweb s.p.a. (prot. 27258/2011) e dell'istante (prot. 27279/2011);





UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 25 gennaio 2012, come da verbale (prot. 3057/2012);

VISTI gli ulteriori atti del procedimento;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 5563/2013)

UDITA l'illustrazione del vicepresidente, avv. Giuseppe Bettini, svolta nella seduta del 7 febbraio 2013;

A voti unanimi

#### CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia il sig. XXXXX deduce quanto segue: di aver stipulato con Fastweb, società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom (di seguito, Fastweb), un contratto di somministrazione del servizio telefonico e internet-adsl; che il contratto è stato stipulato fuori dai locali commerciali il 21 dicembre 2009; che il contratto prevedeva anche la fornitura di un computer, modello HP Pavillon D V7, per un corrispettivo determinato; che da subito il servizio voce e internet-adsl presentavano gravi malfunzionamenti, segnalati al servizio clienti di Fastweb; che i malfunzionamenti non cessavano; di aver pagato le prime fatture e di aver poi inviato comunicazione scritta di risoluzione, chiedendo altresì l'indicazione dell'indirizzo cui riconsegnare il computer. Per tali ragioni l'istante domanda: lo storno di tutto l'insoluto, quantificato in euro 1.450,60; il rimborso di quanto pagato a saldo delle prime due fatture emesse; la condanna dell'operatore alla corresponsione degli indennizzi per malfunzionamento del servizio internet e voce, pari a euro 799,80 per ciascun servizio (computando dal 21 dicembre 2009 al 25 maggio 2010), per la mancata risposta al reclamo pari a euro 855,00 (computando dal 21 dicembre 2009 al 25 maggio 2010), e al rimborso delle spese di procedura, pari a euro 150,00.

Fastweb, respingendo quanto dedotto e richiesto dalla controparte, deduce quanto segue: di aver stipulato con l'istante, in data 21 dicembre 2009, un contratto di somministrazione del servizio telefonico e internet-adsl; che il servizio è stato erogato dal 17 febbraio 2010; che il 31 marzo 2010 è stato sottoscritto anche un contratto relativo alla somministrazione del servizio telefonico su un'utenza mobile e all'acquisto di un cellulare modello Nokia 2730; che i servizi hanno funzionato, come si evince dal dettaglio del traffico telefonico; di aver ricevuto in data 1 giugno 2010





comunicazione scritta di recesso da parte dell'utente assieme alla prima contestazione scritta del disservizio; che in data 17 giugno 2010 i servizi relativi all'utenza fissa e mobile sono tempestivamente cessati; di aver provveduto a fatturare i costi inerenti alla dismissione dei servizi, alla rate residue del contributo di attivazione e al corrispettivo residuo per l'acquisto del computer e del telefono cellulare; che l'utente è debitore di euro 1.450,60; che indebite sono le richieste dell'istante in quanto il computer è stato acquistato e il diritto di recesso non è stato esercitato nel termine di dieci giorni previsto; che il contratto di acquisto è negozio ulteriore e diverso rispetto a quello di somministrazione del servizio. A mero titolo conciliativo Fastweb offre un annullamento parziale del debito a carico dell'utente, per la somma di euro 300,00.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

La controversia in oggetto può essere divisa in tre distinti capi: a) il malfunzionamento del servizio di telefonia e internet-adsl; b) il recesso dal contratto di acquisto del computer; c) la mancata risposta al reclamo.

a) La domanda dell'istante è fondata nei limiti che seguono. L'istruttoria svolta ha accertato che l'istante e Fastweb hanno stipulato un contratto di somministrazione del servizio telefonico e internet-adsl relativi al piano tariffario "Parla&Naviga Casa" (contratto n. 000, utenze n. 000; 000). Il contratto, stipulato in data 21 dicembre 2009, è prodotto dall'istante e non sconosciuto da Fastweb, maturandone la prova della sua esistenza e del suo oggetto in forza del principio ordinamentale di cui all'art. 115, c. 2, c.p.c. Deduce l'istante che Fastweb non ha correttamente adempiuto alla propria obbligazione poiché tanto il servizio voce quanto quello internet-adsl erano affetti da "grave malfunzionamento". Deduce altresì l'istante di aver segnalato il disservizio al servizio clienti dell'operatore, senza esito. La segnalazione può dirsi provata sulla base di molteplici elementi. Anzitutto il fatto non è contestato da Fastweb, che afferma soltanto di aver ricevuto in data 1 giugno 2010 la prima contestazione "scritta" di malfunzionamento, mentre la segnalazione in oggetto è stata effettuata oralmente. In secondo luogo dagli estratti del traffico risultano telefonate al servizio clienti, diffuse in tutto il periodo di fatturazione. In terzo luogo Fastweb non ha prodotto traccia delle conversazioni dell'utente con il proprio servizio clienti, pur gravando sull'operatore l'obbligo di tracciamento o di riferibilità ai sensi dell'art. 8, c. 3 del. AGCOM 179/03/CSP. Ciò premesso, secondo l'ordinario criterio di ripartizione dell'onere della prova al creditore attore è richiesto di provare la fonte contrattuale del suo diritto e il relativo termine di





scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo della altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento, ovvero dall'imputabilità dell'inadempimento a fatto altrui o caso fortuito (Cass. civ., sent. n. 7996/2006). Tale onere non può dirsi assolto da Fastweb. Il deposito dei tabulati del traffico è infatti elemento idoneo a dimostrare la parziale erogazione del servizio in uscita ma non a dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, attraverso la somministrazione del servizio in modo integrale, regolare e continuo (art. 3, c. 4, del. AGCOM 179/03/CSP), in presenza di una doglianza di malfunzionamento tale da incidere gravemente sull'utile fruizione delle prestazioni dell'operatore. In assenza di adeguata documentazione tecnica, attestante gli accertamenti svolti e i relativi risultati a seguito delle segnalazioni presentate dall'utente (cfr. del. AGCOM 87/08CIR), non emerge pertanto prova dell'esatto adempimento dell'obbligazione. Così ricostruito, il periodo di disservizio deve essere ristretto a quello intercorrente tra il 17 febbraio 2010 (giorno di attivazione) e il 16 giugno 2010 (giorno antecedente a quello di disattivazione), date indicate da Fastweb e non contestate dall'istante, per complessivi ottantotto giorni. Considerando che il disservizio si è manifestato come parziale, pur di particolare rilevanza, l'indennizzo giornaliero alla cui corresponsione Fastweb è tenuta dovrà essere ridotto e coincidere con la somma di euro 2,50 tanto per il servizio voce quanto per quello internet-adsl, per complessivi euro 440,00, in analogia a quanto previsto dall'art. 5, c. 2, del. AGCOM 73/11/CONS. Nella quantificazione dell'indennizzo occorre far rinvio alla costante prassi di questo Ufficio (cfr. *ex multis* dell. 3/2010, 12/2010, 2/2013) e della stessa AGCOM, che si intende qui richiamata, in materia di disapplicazione dei limiti massimi di liquidazione dell'indennizzo previsti dalle Carte di servizi. Anche indipendentemente dalla vessatorietà di ogni clausola che circoscriva l'indennizzo, l'applicazione di limiti massimi non è infatti comunque possibile laddove la somma così liquidata non sia proporzionale al pregiudizio arrecato (art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP), attesa la necessità che l'indennizzo sia adeguato, ossia corrispondente rispetto al pregiudizio subito, secondo elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale. Nel caso di specie si palesa il rilievo del disagio sofferto dall'utente, tanto per il servizio voce quanto per quello internet-adsl, anche in relazione al lungo periodo di tempo interessato. Le fatture emesse da Fastweb dovranno inoltre essere annullate, e gli importi pagati restituiti, relativamente ai canoni relativi al servizio voce e adsl, nella misura della metà dell'importo in ragione del malfunzionamento (fattura n. 1471534, per euro 36,50 (canone "Parla&Naviga" pari a euro 73,01); fattura n. 2834026, per euro 44,80 (canone





“Parla&Naviga” pari a euro 89,60). Considerando altresì che la dichiarazione di volontà dell’utente deve essere correttamente qualificata come risoluzione del contratto per inadempimento dell’operatore, poiché l’utente espressamente motiva la sua comunicazione con i disservizi patiti che nella loro prolungata dimensione temporale hanno raggiunto un livello di essenziale rilievo, è altresì da annullare la fattura n. 4266136 limitatamente alla somma di euro 108,78, imputata a titolo di “dismissione servizi Fastweb”. Trattandosi di risoluzione, indebiti sono infatti *per tabulas* i costi per recesso anticipato indicati nella suddetta fattura.

b) La domanda non può essere accolta. È anzitutto da ribadire la cognizione del presente procedimento anche in relazione alla domanda in oggetto, ai sensi dell’art. 2 del. AGCOM 173/07CONS, considerando che il contratto di compravendita di un computer è avvenuto in costanza e in relazione a un contratto di somministrazione del servizio telefonico e internet-adsl, tra le medesime parti, utilizzando un’unica proposta commerciale scritta, che assommava entrambe le obbligazioni. Ciò premesso dal contratto prodotto dall’istante risulta che questi ha specificamente sottoscritto le clausole in materia di pagamento e di recesso (artt. 4 e 9) e dalla memoria depositata risulta altresì che all’utente era noto il modello di computer, il costo complessivo per il suo acquisto e l’entità della rateazione mensile. Tra le clausole in oggetto non è previsto il diritto di recesso ulteriore rispetto a quanto disposto dall’art. 64, d. lgs 206/2005, facoltà, quest’ultima, che non rileva nel caso di specie considerando che l’utente avrebbe dovuto recedere decorsi dieci giorni dalla ricezione del bene. Privata di rilievo è anche la circostanza dell’avvenuta risoluzione del contratto di somministrazione del servizio telefonico e internet-adsl, poiché il contratto di compravendita del computer ha una propria autonomia negoziale sia in relazione alla causa (l’acquisto di un computer utilizzabile anche con altri operatori) che all’oggetto (non sussistono clausole che ne leghino la sorte al contratto di somministrazione, se non in relazione alle modalità di pagamento). Parimenti non risulta provata l’avvenuta riconsegna del computer a Fastweb e comunque il fatto non costituisce accettazione del recesso per fatti concludenti a condizioni differenti da quelle previste dal contratto (ossia rinunciando a ricevere il prezzo in cambio della disponibilità del computer): in presenza di clausole contrattuali difformi, che in caso di recesso dell’utente richiedono comunque il pagamento del prezzo, e di specifiche contestazioni nella memoria dell’operatore, nonché in assenza di altri elementi da cui risulti una diversa volontà dell’operatore, la mera ricezione del computer non configura appunto accettazione del recesso





senza oneri per l'utente. La richiesta di pagamento del prezzo residuo effettuata da Fastweb è pertanto legittima.

c) La domanda è fondata nei limiti che seguono. Con comunicazione scritta ricevuta da Fastweb in data 1 giugno 2010, a mezzo posta, l'utente lamentava i disservizi, rilevava la risoluzione del contratto, chiedeva l'indicazione dell'indirizzo a cui restituire il computer e domandava il rimborso della somma di euro 29,90, prima rata del pagamento del computer. Anche solo prendendo in esame quest'ultima richiesta, quella di rimborso, non c'è dubbio che la comunicazione in oggetto sia qualificabile come reclamo, ai sensi dell'art. 8, del. AGCOM 179/03/CSP. A tale reclamo Fastweb non ha mai risposto, se non in sede di udienza di conciliazione in data 11 novembre 2011 quindi oltre il termine di quarantacinque giorni contrattualmente previsto, e pertanto l'inadempimento dell'operatore merita la condanna al pagamento di un indennizzo quantificato in via equitativa in euro 300,00, in analogia a quanto previsto dall'art. 11, del AGCOM 73/11/CONS.

d) In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in euro 100,00, anche sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, in ragione dello svolgimento dell'udienza di discussione e della rappresentanza dell'istante.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dal sig. XXXXX, residente nel Comune di XXXXX, rappresentato dagli avv. Genna e Falzone, elettivamente domiciliato presso lo studio di questi, nel Comune di XXXXX, Fastweb, società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel comune di XXXXX, è tenuta a:

- 1) annullare parzialmente la fattura n. 1471534, per la somma di euro 36,50; la fattura n. 2834026, per la somma di euro 44,86; la fattura n. 4266236, per la somma di euro 108,78, restituendo, nella misura della metà dell'importo, quanto pagato dall'istante, per i motivi indicati al capo a);
- 2) ricalcolare le somme dovute dall'istante a titolo di pagamento del computer richiedendone il pagamento secondo l'originaria rateazione;





- 3) corrispondere all'istante la somma di euro 440,00 (quattrocentoquaranta/00), a titolo di indennizzo per i motivi indicati al capo a);
- 4) corrispondere all'istante la somma di euro 300,00 (trecento/00), a titolo di indennizzo per i motivi indicati al capo c);
- 5) corrispondere all'istante la somma di euro 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

Si rigettano le ulteriori richieste dell'istante.

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d.lgs. 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

Fastweb, società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom, è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera. La comunicazione dovrà pervenire entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della delibera stessa.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d.lgs. 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli art. 21 e 23 bis l. 1034/1971 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua comunicazione.

Il Presidente  
Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario  
Dott.ssa Primarosa Fini



Viale Aldo Moro, 44 – 40127 – Bologna tel. 051 527 6377/6597 fax 051 527 5059  
corecom@regione.emilia-romagna.it  
PEC: corecom@postacert.regione.emilia-romagna.it  
www.assemblea.emr.it/corecom