

DELIBERA N. 164/2020

**XXX / FASTWEB X
(GU14/207710/2019)**

Il Corecom Emilia-Romagna

NELLA riunione del Corecom Emilia-Romagna del 26/11/2020;

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. 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;

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*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA la delibera n. 339/18/CONS del 12 luglio 2018 recante “*Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma Concilia-Web, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, dell’Accordo Quadro del 20 novembre 2017 per l’esercizio delle funzioni delegate ai Corecom*”;

VISTA la l.r. 30 gennaio 2001, n. 1, recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.Re.Com.)*”;

VISTA la Convenzione per il conferimento della delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta in data 28 dicembre 2017;

VISTO l'Accordo quadro sottoscritto il 28 novembre 2017 fra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative e delle regioni e delle Province autonome;

VISTA l'istanza di XXX del 21/11/2019 acquisita con protocollo n. 0503550 del 22/11/2019;

VISTA la relazione istruttoria della Responsabile del Servizio, dott.ssa Rita Filippini;

UDITA l'illustrazione svolta nella seduta del 26/11/2020;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

A seguito dell'udienza di conciliazione, tenutasi in data 05/09/2019, l'istante ha presentato istanza di definizione in data 21/11/2019.

L'istante lamenta mancata attivazione del servizio nei confronti della società Fastweb X d'ora in poi Fastweb.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nel corso dell'audizione e del procedimento stesso, l'istante ha dichiarato quanto segue.

Nel giugno 2016 stipulava con Fastweb un contratto voce ed internet, ma il servizio non veniva mai attivato perché il modem non era mai stato spedito né, tantomeno, alcun incaricato si era recato in loco per l'installazione o la verifica del funzionamento del servizio.

A causa dell'inadempimento contrattuale dell'operatore si rivolgeva ad altro gestore. Ciò nonostante, Fastweb addebitava sulla carta di credito costi per servizi mai fruiti. Fastweb, inoltre, pretendeva una pec per recedere da un servizio inutilizzabile a causa della mancata fornitura dell'hardware necessario.

Il corretto indirizzo e-mail dell'istante veniva inserito da Fastweb nel proprio sistema solo a gennaio 2019, poiché il broker di Fastweb, che aveva agevolato la stipula del contratto, aveva indicato alla società telefonica un indirizzo errato. Di conseguenza, prima del 2019 nessuna e-mail era mai pervenuta all'istante.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

a) Rimborso indebito versato, pari ad euro 1.344,13;

b) Euro 500,00 per il disagio subito e a copertura dei costi per l'utilizzo di un nuovo operatore.

Quantifica rimborsi e indennizzi richiesti in euro 1.845,00.

L'istante, letta la memoria avversaria, ne ha contestato integralmente il contenuto e ribadito di non avere ricevuto alcun modem. Nessun tecnico si è mai recato presso il negozio dell'istante per installare un modem. Nessun servizio è mai stato usufruito proprio perché l'hardware necessario non è stato installato (né, tantomeno, consegnato). Il contratto si è, pertanto, risolto per grave inadempimento della controparte. Tutte le somme indebitamente versate, devono, quindi, essere restituite. Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 2033 c.c., chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda. Peraltro, anche il pagamento sull'erroneo presupposto dell'esistenza di un debito realizza un pagamento non dovuto, poiché l'"accipiens" non è creditore di chi lo effettua. La fattispecie è perciò qualificabile come indebito soggettivo "ex latere accipientis", sicché deve applicarsi la disciplina dell'indebito oggettivo, poiché la circostanza che l'"accipiens" fosse effettivamente creditore della somma incassata è in concreto irrilevante (cfr. Tribunale Milano n. 3574 del 13 marzo 2014). Per mero tuziorismo difensivo, specifica che alla ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. è applicabile l'ordinaria prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c. (tale eccezione, peraltro, non è stata sollevata dalla controparte). Contrariamente a quanto asserito da Fastweb, nessuna fattura cartacea è stata inviata all'indirizzo dell'esponente. Né, tantomeno, sono state ricevute via e-mail, dal momento che controparte le ha inviate ad un indirizzo inesistente, come, peraltro, confermato da un agente di zona (l'indirizzo corretto è stato recepito solo nel mese di gennaio 2019).

2. La posizione dell'operatore

Per Fastweb quanto sostenuto da controparte non corrisponde al vero, in quanto l'istante aveva scelto un'offerta che prevedeva la consegna di modem autoinstallante, il quale risulta correttamente consegnato in data 22/7/16 con documento di vettura n. 286262A034739. A seguito della consegna del modem, i servizi risultano attivati in data 27/7/16 (data in cui risulta perfezionata la procedura di migrazione del numero

059XXX198), come si evince dall'allegata fattura emessa da Fastweb in data 14/9/16. Dalla data di attivazione non risulta ricevuta da Fastweb alcuna segnalazione di disservizio (quantomeno, non prima del febbraio 2019). Allo stesso modo, non risulta essere stata contestata alcuna delle fatture emesse in costanza di rapporto. Osserva che, se da un lato, la mancata contestazione delle fatture, in virtù di quanto disposto dalle condizioni generali di contratto, comporta l'accettazione delle stesse, dall'altro, l'assenza di reclami in merito al riferito mancato funzionamento dei servizi determina, in forza di quanto stabilito dal Regolamento indennizzi, l'infondatezza di qualsivoglia richiesta di indennizzo. Va da sé che qualsivoglia contestazione sul funzionamento dei servizi è tamquam non esset in mancanza di tempestivo reclamo da parte dell'utente. Essendo, infatti, pacifico che il contratto de quo si è perfezionato (atteso che la consegna del modem e l'emissione delle fatture sono chiari indici della conclusione del contratto), la richiesta di indennizzo e di restituzione delle fatture risulta del tutto infondata in mancanza di tempestivo reclamo circa il malfunzionamento dei servizi. Nel caso di specie, non può certamente essere considerato diligente il comportamento dell'istante, il quale riferisce di non essersi accorto di aver periodicamente pagato le fatture emesse da Fastweb e dopo tre anni di prosecuzione del rapporto, pretenderebbe di ottenere la restituzione di tutti i corrispettivi corrisposti all'operatore. Sottolinea che gli unici reclami ricevuti da Fastweb partono dal mese di febbraio 2019 e sono, comunque, successivi alla comunicazione di recesso. Senza contare che in data 27/7/16 si è perfezionata la procedura di migrazione del numero intestato all'istante e che, dunque, questi non poteva non sapere che il contratto con Fastweb era stato concluso e che i servizi erano attivi con tale operatore. Per tutto quanto esposto, appare pacificamente infondata la richiesta di rimborso di quanto pagato a titolo di corrispettivo contrattuale e di corresponsione di un non meglio precisato indennizzo.

Fastweb ha eccepito l'inammissibilità della documentazione prodotta oltre il termine previsto per la presentazione di memorie ed il deposito di documenti rilevando, altresì, come gli estratti prodotti si riferiscano ad una carta di credito intestata a soggetto diverso da parte istante e per addebiti addirittura anteriori all'attivazione dei servizi del contratto con codice cliente 7716779.

3. Motivazione della decisione

Preliminarmente, rispetto all'eccezione di inammissibilità sollevata dall'operatore si osserva che, non risultando particolari problemi tecnico-informatici occorsi alla

piattaforma ConciliaWeb nel periodo utile per la presentazione di documenti di cui al comma 2, art. 16, del Regolamento, solo le allegazioni prodotte da parte istante successivamente (nel caso di specie, dopo il 25/01/2020), risultano inammissibili. Pur tuttavia, come riconosciuto dall'Autorità nella delibera n. 157/11/CIR "la documentazione di parte allegata ... riveste valenza probatoria ed in quanto tale merita valutazione ai fini di ricostruzione cognitiva e di completamento istruttorio".

Tanto premesso, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate da parte istante vengono trattate congiuntamente e accolte parzialmente come nel seguito. Le risultanze istruttorie mostrano come, alla fine di gennaio 2019, l'istante segnalasse con un agente Fastweb la ricezione, per la prima volta, di una fattura per linea fissa mai attivata che, da conferma dell'operatore, risultava essere attiva dal 2016 con invio delle fatture ad un indirizzo e-mail errato. Nello stesso periodo (21 gennaio) inviava una PEC per la disdetta immediata della linea 059XXXX198 ed il rimborso di tutti i canoni indebitamente prelevati (l'istante si lamenta con l'agente di non aver autorizzato il pagamento con carta di credito) e sino ad allora fatturati. Seguivano ulteriori mail, l'ultima delle quali (datata 23 marzo) lamentava la cessazione tardiva (avvenuta, con ulteriore addebito di canone, solo il 5 marzo anziché il 20 febbraio come indicato sul portale) e contestava l'asserito possesso da parte dell'operatore di evidenze attestanti registrazione del modem e collaudo. Seguiva mail del 15 maggio (2019) con cui, per il tramite di un'associazione di consumatori, l'istante richiedeva, la restituzione dell'indebito versato, oltre ad un ristoro per i disagi subiti.

A sostegno della propria posizione l'operatore ha sì dichiarato che l'offerta prescelta dall'istante prevedeva un modem autoinstallante consegnato a luglio 2016 ma non ha prodotto né la proposta di contratto né la lettera di vettura, di cui si limita a cita il numero, né le fatture emesse. Né soccorrono, a tali fini, la schermata della migrazione o la fattura – l'unica agli atti - che espone i costi di migrazione, elementi inidonei, di per sè, a dimostrare che un servizio è attivo. Anzi, proprio l'importo complessivo della suddetta fattura (euro 142,00), in scadenza al 9 ottobre 2016, è lo stesso riportato nell'estratto conto della carta di credito della titolare della ditta istante e contabilizzato il 14 settembre 2016. Su questa circostanza l'operatore non ha offerto alcun chiarimento (ad esempio provando che quell'addebito fosse legittimamente dovuto in quanto relativo ad altro e diverso contratto) risultando ininfluyente la considerazione per cui gli estratti prodotti riguardano una carta di credito intestata a soggetto diverso da parte istante e per addebiti addirittura

anteriori all'attivazione dei servizi del contratto con codice cliente 7716779 (in realtà l'istruttoria ha rivelato un unico addebito anteriore alla data di attivazione indicata dall'operatore per l'importo di euro 30,50 addebitato il 14/07/2016). Se è pur vero che gli estratti conto sono intestati a ditta diversa, è altrettanto vero che titolare della carta di credito è la stessa Sig.ra XXX XXX che, come da visura camerale in atti, risulta titolare della ditta istante e residente, tra l'altro, proprio all'indirizzo indicato nella suddetta documentazione contabile. Pertanto, devono essere accolte le richieste dell'utente qualora l'operatore non sia in grado di dimostrare l'avvenuta conclusione del contratto con l'utente (ex multis, Delibere Agcom nn. 65/10/CIR, 68/10/CIR, 155/11/CIR, 31/12/CIR) secondo le modalità dichiarate dall'operatore medesimo o, si aggiunge, la fruizione del servizio sull'utenza controversa e la correttezza degli importi fatturati. Né può considerarsi esimente la circostanza che prima del 2019 non fossero pervenuti reclami ove si consideri che le fatture venivano inviate dall'operatore ad un indirizzo e-mail errato (tale dato finiva per essere aggiornato con il recapito esatto solo a fine gennaio 2019), circostanza che non consentiva all'istante una pronta contestazione. L'assenza di elementi idonei a confutare gli assunti attorei comporta dunque per l'operatore il rimborso a favore dell'istante di quanto percepito a partire dal 14 settembre 2016 in relazione all'utenza 059XXXX198, oltre agli interessi legali applicati dalla data di presentazione della presente istanza di definizione. Respinta, invece, la richiesta economica per il disagio subito e a copertura dei costi per l'utilizzo di un nuovo operatore in quanto legata ad aspetti attinenti la sfera soggettiva che si collocano nell'ambito del danno che, come tale, è materia esclusa dalla cognizione dell'Autorità.

Per questi motivi, il Corecom all'unanimità,

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di XXX nei confronti della società Fastweb X per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società Fastweb X è tenuta al rimborso a favore dell'istante di quanto percepito a far data dal 14 settembre 2016 in relazione all'utenza 059XXXX198, oltre alla corresponsione degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza.

3. La società Fastweb X è tenuta, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

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.

È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

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 sul sito *web* dell'Autorità.

Bologna, 26/11/2020

F.to

IL PRESIDENTE

Stefano Cuppi