

ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA
Comitato Regionale per le Comunicazioni

DELIBERA n.	3/2012
TITOLO	1.10.21/230
LEGISLATURA	IX

Il giorno 28 febbraio 2012 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il CORECOM dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIANLUCA GARDINI

Presidente

ARIANNA ALBERICI

Componente

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

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX E FASTWEB

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 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 Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1,

VISTA l'istanza depositata in data 29 giugno 2010 (titolo n. 1.10.21/230), con la quale il sig. Xxx, rappresentato dagli avv.ti X e X, elettivamente domiciliato presso lo studio di questi, nel comune di xxx, via xxx, 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, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in yyy, via yyy, relativamente all'utenza telefonica n. 111-111111.

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 11313/2011);

UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 08 giugno 2011, come da verbale (prot. 18732/2011);

VISTE le memorie autorizzate di Fastweb del 02 maggio 2011 (prot. 14413/2011), dell'istante del 09 maggio 2011 (prot. 15166/2011), del precedente gestore telefonico (Telecom Italia), interpellato a soli fini istruttori del 15/04/2011 (prot. 12658/2011) ed i relativi documenti allegati;

VISTI gli atti del procedimento;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio, dott.ssa Primarosa Fini (prot. 6411 del 17/02/2012)

UDITA l'illustrazione del Presidente, Prof. avv. Gianuca Gardini, svolta nella seduta odierna;

A voti unanimi

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia il sig. Xxx, espone:

-di aver sottoscritto in data 28 luglio 2009 con Fastweb (in seguito Fastweb) un contratto relativo ai servizi voce e adsl chiedendo contestualmente la portabilità della propria utenza 111-111111 dal gestore precedente (Telecom Italia, in seguito Telecom);

-di aver successivamente ricevuto fatture sia da Telecom, per euro 469,00, che da Fastweb per euro 427,86;

-di aver appreso, all'udienza di conciliazione del 24 giugno 2010, che Fastweb aveva attivato una nuova utenza (111-222222) senza richiedere a Telecom la portabilità della utenza 111-111111 e conseguentemente di aver manifestato la propria volontà di continuare il rapporto contrattuale con Telecom.

L'istante domanda pertanto:

-la risoluzione del contratto con Fastweb per inadempimento di questa consistente nel non aver attivato il procedimento di portabilità dell'utenza;

-un indennizzo per mancata portabilità dell'utenza quantificato in 5,00 euro al giorno per il periodo intercorrente dalla data di stipulazione del contratto (28 luglio 2009) alla data dell'udienza di conciliazione (26 aprile 2010);

-il rimborso della fatture saldate a Fastweb;

- l'annullamento, con nota di credito, di eventuali fatture emesse da Fastweb nelle more del procedimento di definizione;

- il rimborso delle spese di procedura, quantificate in 150,00 euro.

Fastweb, con memoria 02 maggio 2011, respingendo quanto dedotto e richiesto dall'istante, afferma:

-la correttezza del proprio comportamento avendo attivato e regolarmente erogato i servizi richiesti nel contratto sottoscritto il 28 luglio 2009 a partire dal 30 agosto 2009, quindi entro i termini previsti dalle condizioni generali di contratto;

-che la richiesta d'indennizzo per mancata portabilità sia "nuova" poiché in sede di conciliazione l'istante richiese un indennizzo per una, asserita, ritardata attivazione dei servizi;

-che il procedimento di portabilità non fu attivato in quanto non richiesto dall'istante;

-che il calcolo a base della richiesta di indennizzo è errato nel termine di decorrenza, dovendosi, eventualmente, calcolare dalla data ultima prevista per l'attivazione dalle condizioni generali di contratto e non dalla sottoscrizione di questo nonché incongruo nel risultato;

-di essere creditrice degli importi indicati nelle fatture nn. 423330, 5682682, 71412226, 8710133, 1191663 per un importo di 574,23 euro in sorte capitale;

-la propria disponibilità ad offrire, senza riconoscimento di responsabilità, lo storno del debito di 574,23 euro derivante dalle fatture insolute, la corresponsione della somma di 500,00 euro;

-doversi respingere ogni richiesta dell'istante avendo essa adempiuto le obbligazioni derivanti dalle condizioni generali di contratto e dalla carta dei servizi.

Con memoria 09 maggio 2011 (trasmessa a mezzo telefax il 05 maggio 2011) l'istante specificava:

-che l'attivazione dell'utenza 111-222222 era avvenuta a sua insaputa e di non averne mai fruito;

-che il contratto sottoscritto il 28 luglio 2009 prevedeva espressamente la portabilità dell'utenza 111-111111 ed i relativi moduli di richiesta erano correttamente compilati, configurandosi, pertanto, un grave inadempimento ad opera di Fastweb;

-che nonostante la volontà manifestata all'udienza di conciliazione di continuare il rapporto contrattuale con Telecom, Fastweb continuava ad emettere fatture a suo carico.

Pertanto richiedeva: la presa d'atto dell'avvenuta risoluzione del contratto con Fastweb per inadempimento di questa consistente nel non aver attivato il procedimento di portabilità dell'utenza, lo storno totale della propria posizione debitoria, il rimborso delle fatture pagate per un ammontare di 427,86 euro, un indennizzo – quantificato come nel formulario GU14 - per mancata esecuzione della portabilità ed un indennizzo di 5,00 euro al giorno – a far data dal giorno dell'udienza di conciliazione sino all'effettiva presa d'atto - per mancata risoluzione del contratto, nonché le spese di procedura quantificate in 150,00 euro.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La controversia verte sulla a) risoluzione del contratto, b) ammissibilità della domanda di parte istante, assunta come nuova dall'operatore, c) mancata portabilità dell'utenza, d) spese della procedura.

a) La domanda deve essere rigettata. La richiesta formulata dall'istante nell'atto introduttivo inerente la risoluzione del contratto - riformulata nella memoria 09 maggio 2011 come presa d'atto dell'avvenuta risoluzione - esula dalla competenza di questo Comitato come previsto dall'art. 19 della Delibera n. 173/07/CONS e dalle linee guida approvate con Delibera n. 52/09/CONS ed è pertanto inammissibile.

b) La domanda deve essere rigettata. La doglianza Fastweb relativa alla pretesa discrasia tra domande formulate in sede di conciliazione (indennizzo per ritardata attivazione del servizio) e quelle formulate in sede di definizione (indennizzo per mancata esecuzione della portabilità) deve essere respinta trattandosi della medesima questione – così come stabilito nella del 59/09/cons sub III.1.2 delle linee guida - originata da un unico fatto/inadempimento.

c) La domanda deve essere accolta. In sede istruttoria è stato richiesto ad entrambe le parti di depositare copia del contratto. Fastweb ha depositato solamente copia della carta dei servizi e delle condizioni generali di contratto.

L'istante ha prodotto l'originale della proposta di abbonamento sottoscritta. In essa, alla pagina denominata "*Proposta di abbonamento Fastweb*" ed in particolare nel campo "*Caratteristiche attuali linea telefonica, number portability e codice migrazione*" risulta contrassegnata la casella "*Mantenimento attuale numero telefonico (number portability). Compilare Lettera di Recesso o di Richiesta di "Linea non attiva" e/o di richiesta di "number portability".*".

Anche la pagina denominata "*Lettera di Recesso o di Richiesta di "Linea non attiva" e/o di richiesta di "number portability"*" risulta correttamente compilata, con la medesima grafia ricorrente in tutta la proposta contrattuale. In particolare, oltre all'ovvia indicazione dell'utenza 111-111111, del relativo intestatario e della data di sottoscrizione, sono contrassegnate le voci sub n. 2 *Recesso* e n. 3 *Number portability* restando intonso il n. 1 "*Linea non attiva*".

Sul punto Fastweb dichiara di non aver ricevuto il documento e sottolinea la mancata sottoscrizione dello stesso nella copia prodotta dall'istante.

La mancata ricezione del documento avrebbe dovuto essere rilevata da Fastweb al momento della ricezione della proposta contrattuale posto che in questa risulta manifestata la volontà dell'utente di "*Mantenimento attuale numero telefonico (number*

portability)...”, rilevata l’incompletezza della documentazione Fastweb avrebbe dovuto informare l’utente al fine di ottenere una integrazione documentale ovvero un pieno consenso alla differente proposta contrattuale, priva cioè dell’elemento “portabilità.

Nessuna parte del contratto prodotto in atti riporta la sottoscrizione dell’utente: non la pagina denominata “*Proposta di abbonamento Fastweb*” e neppure quella denominata “*Modulo per l’addebito in conto corrente (RID)*”.

Sulla base del contratto Fastweb ha però proceduto ad attivare una utenza (111-222222) e ritenere valida la “domiciliazione” delle relative fatture che, infatti, recano la dicitura “*Modalità di Pagamento prescelta: Addebito su c/c bancario o postale*”.

Appare quindi provato che l’istante abbia fatto richiesta a Fastweb di portabilità dell’utenza 111-111111.

La mancata attivazione della procedura di portabilità è esplicitamente ammessa dall’operatore che la imputa, però, senza fornire elementi a suffragio, ad una precisa volontà dell’utente.

Dall’appurato inadempimento Fastweb derivano, a favore dell’utente: il diritto ad un indennizzo, lo storno della posizione debitoria ed il rimborso di quanto pagato.

L’istante richiede un indennizzo di 5,00 euro al giorno dalla data di stipulazione del contratto (28 luglio 2009) alla data di pretesa risoluzione contrattuale che viene indicata nella data della udienza di conciliazione (24 giugno 2010).

L’importo giornaliero indicato è desunto dall’art. 6 della Carta dei Servizi Fastweb che, però, lo limita ad un massimo di 10 giorni rinviando, per i disservizi di durata superiore, ad un contemperamento de “*le richieste dell’abbonato con i limiti della risarcibilità del danno subito per colpa di FASTWEB, così come disciplinato nelle Condizioni Generali di Contratto*”.

La determinazione dell’indennizzo richiede, preliminarmente, la fissazione della sua durata.

A fronte di una assoluta carenza di attivazione della procedura di portabilità – con conseguente impossibilità di determinarne la corretta, teorica, conclusione - e di una promessa contrattuale secondo cui “*Il servizio di SPP sarà attivato da FASTWEB: a) per i Servizi ADSL contestualmente all’attivazione dei Servizi di cui all’art.6, salvo impedimenti tecnici non dipendenti dalla volontà di FASTWEB; b) ...*” (Art. 7, 7.2 Condizioni generali di contratto per l’offerta Fastweb) si considera corretto individuare il *dies a quo* per il calcolo dell’indennizzo nel giorno indicato da Fastweb come data di effettiva attivazione dei servizi, 30 agosto 2009, presumendo che questa sarebbe stata la data di compiuta realizzazione della portabilità se attivata da Fastweb come previsto dal contratto.

Anche il giorno finale del periodo indennizzabile richiede una fissazione *ex officio*. Il termine indicato dall'istante – ...24.06.2010, data della conciliazione e della risoluzione del contratto...- non può essere interpretato come momento risolutivo del rapporto contrattuale non potendosi considerare tale, in termini giuridici, quanto verbalizzato in sede di conciliazione e difettando altra prova dell'avvenuta risoluzione, può, invece, essere interpretato ed accettato come legittima autolimitazione del *petitum*.

Si fissa, pertanto, in 298 giorni il periodo indennizzabile (dal 30 agosto 2009 al 24 giugno 2010).

Per la quantificazione dell'indennizzo si rinvia alla costante prassi di questo Ufficio (cfr. *ex multis* dell. 3/2010 e 12/2010) e della stessa AGCOM, che si intende qui richiamata, in materia di applicazione dei limiti massimi di liquidazione previsti dalle Carte di servizi. L'applicazione di tali limiti massimi infatti non è 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.

L'applicazione dell'indennizzo giornaliero all'intero periodo corrisponderebbe ad euro 1.490,00.

Considerato che l'istante non ha sofferto interruzioni del servizio ed ha mantenuto la propria utenza si ritiene equa la corresponsione dell'indennizzo nella misura del 50%, vale a dire per 745,00 euro.

L'inadempimento contrattuale ad opera di Fastweb non ha prodotto utilità alla controparte, neppure a titolo di arricchimento senza causa, conducendo al rimborso di quanto incassato ed all'annullamento delle fatture emesse e non saldate dall'istante.

Precisamente, Fastweb dovrà procedere:

1) al rimborso di 427,86 euro per l'avvenuto incasso delle fatture nn.:

- 5307788 del 31 agosto 2009;
- 6713399 del 31 ottobre 2009;
- 8266270 del 31 dicembre 2009;
- 1237428 del 28 febbraio 2010;
- 2663204 del 30 aprile 2010;

L'avvenuto pagamento delle fatture indicate è implicitamente riconosciuto da Fastweb che lamenta, infatti, soltanto l'insoluto di 574,3 euro derivante da successive fatture.

2) allo storno delle fatture successive nn.:

- 4233330 del 30 giugno 2010;
- 5682682 del 31 agosto 2010;
- 7141226 del 31 ottobre 2010;

- 8710133 del 31 dicembre 2010;
- 1191663 del 28 febbraio 2011.

d) In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in euro 100,00, sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante, assistito, ha partecipato all'udienza di conciliazione e al procedimento di definizione.

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

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dal sig. Xxx, rappresentato dagli avv.ti X e X, elettivamente domiciliato presso lo studio di questi, nel comune di xxx, via xxx, la società Fastweb, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in yyy, via yyy, è tenuta:

a) a corrispondere all'istante le somme così liquidate:

1) euro 745,00 (settecentoquarantacinque/00), a titolo di indennizzo per i motivi di cui al precedente capo c);

2) euro 427,86 (quattrocentoventisette/86), quale rimborso delle fatture:

- 5307788 del 31 agosto 2009;
- 6713399 del 31 ottobre 2009;
- 8266270 del 31 dicembre 2009;
- 1237428 del 28 febbraio 2010;
- 2663204 del 30 aprile 2010;

dal rimborso delle fatture andrà sottratta l'IVA se non dovuta.

3) euro 100,00 (cento/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

b) ad annullare le fatture

- 4233330 del 30 giugno 2010;
- 5682682 del 31 agosto 2010;
- 7141226 del 31 ottobre 2010;
- 8710133 del 31 dicembre 2010;
- 1191663 del 28 febbraio 2011;

c) si rigettano le ulteriori domande.

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 e succ. mod.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS e succ. mod. 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 è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della medesima.

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario

Dott.ssa Primarosa Fini