

DETERMINAZIONE

Determinazione n. 01/2013
Tit. 1.10.21/414

Prot. n. 3488
del 24/01/2013

**OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXXXX E
FASTWEB, SOCIETA' SOGGETTA ALLA DIREZIONE E COORDINAMENTO
DI SWISSCOM .**

LA RESPONSABILE DEL SERVIZIO CORECOM

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 Assemblée 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 14 marzo 2011 (titolo n. 1.10.21/414), con la quale XXXXX, con sede nel comune di XXXXX, rappresentato dalla Federconsumatori ed elettivamente domiciliato 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 le 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 all'utenza telefonica 000;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 36803/2011);

VISTE le memorie depositate dalle parti;

UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 11 aprile 2012, come da verbale (prot. n. 14006/2012);

VISTI gli ulteriori atti del procedimento;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia XXXXX (di seguito, XXXXX) deduce: che nel giugno 2008 ha sottoscritto un contratto con Fastweb (di seguito, Fastweb) per la somministrazione del servizio telefonico sulla propria utenza 000, previa portabilità dal precedente operatore Telecom Italia (di seguito, Telecom); che la portabilità dell'utenza non è mai avvenuta; che Fastweb ha somministrato il servizio su utenze con numerazione diversa; che Telecom ha continuato a somministrare il servizio sull'utenza 000, fatturando i relativi costi; di aver pagato tutte le fatture emesse da Fastweb, ad eccezione dell'ultima (n. 685156 del 2009); di aver manifestato a Fastweb la volontà di sciogliere il rapporto contrattuale, con rimborso di tutte le somme pagate. Per tali ragioni l'istante domanda il recesso senza alcun onere, il rimborso delle fatture pagate, la cessazione dell'azione di recupero del credito intrapresa da Fastweb, la corresponsione di un indennizzo per mancata portabilità, da calcolarsi per un periodo di almeno sei mesi.

Fastweb, contestando quanto dedotto e richiesto dall'istante, afferma quanto segue: di aver attivato il servizio telefonico in data 4 giugno 2008; di aver richiesto a Telecom il rilascio della numerazione in oggetto in data 9 giugno 2008; che Telecom ha rigettato la richiesta in data 11 giugno 2008; che l'utente ha successivamente manifestato la volontà di recedere dal contratto; che l'utente mai è rimasto senza servizio telefonico sull'utenza in oggetto; che la portabilità dell'utenza è obbligazione autonoma e accessoria rispetto a quella di somministrazione del



servizio telefonico, a cui Fastweb ha correttamente adempiuto; che l'utente non ha contestato le fatture emesse attraverso le modalità di reclamo previste dalle condizioni generali di contratto; di aver proposto, già in sede conciliativa e a scopo puramente bonario, il rimborso delle somme pagate dall'utente e l'annullamento della fattura residua; che solo in sede di udienza di conciliazione l'utente ha richiesto la corresponsione di un indennizzo per ritardo nella portabilità dell'utenza. Per tali ragioni Fastweb, ribadendo l'offerta conciliativa già formulata, chiede che sia dichiarata inammissibile la richiesta di indennizzi e che le richieste dell'istante siano rigettate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La controversia in oggetto attiene alla mancata portabilità dell'utenza telefonica n. 000. La domanda deve essere accolta nei limiti che seguono. L'istruttoria condotta ha accertato che l'istante e Fastweb hanno stipulato, nel maggio del 2008, un contratto di somministrazione del servizio telefonico e internet, da somministrarsi sull'utenza 000 previa portabilità da Telecom, e su un'utenza aggiuntiva, quest'ultima senza costi di abbonamento come risulta dalle fatture. È altresì accertato che la portabilità non è mai avvenuta poiché alla richiesta di Fastweb del 9 giugno 2008, Telecom ha fornito risposta negativa in data 11 giugno 2008, motivando con "tipologia di utenza incompatibile con il servizio richiesto" poiché l'utente aveva dichiarato di possedere una linea ISDN. È opportuno evidenziare che il contratto e la richiesta di portabilità non risultano sottoscritti da alcuna delle parti, ma, in quanto prodotti da Fastweb e non oggetto di contestazione da parte dell'istante, debbono comunque ritenersi esistenti e provati, in forza del principio ordinamentale di cui all'art. 115, c. 2, c.p.c. Da quanto premesso risulta rilevante definire quale fosse l'obbligazione assunta da Fastweb, al fine di verificare se l'adempimento sia avvenuto e, in caso contrario, se tale inadempimento sia addebitabile all'operatore. L'obbligazione assunta consisteva nella somministrazione del servizio telefonico e internet sull'utenza 000, previa portabilità da Telecom. La qualificazione del servizio di portabilità come obbligazione autonoma e accessoria rispetto alla somministrazione del servizio telefonico su una nuova utenza Fastweb è da ritenersi erronea, per molteplici motivi. Conviene anzitutto rammentare quanto disposto dall'art. 80, c. 1, d. lgs. 259/2003 (così detto "Codice delle comunicazioni elettroniche"), secondo cui "l'Autorità assicura che tutti gli abbonati ai servizi telefonici accessibili al pubblico, compresi i servizi di telefonia mobile, che ne facciano richiesta conservino il proprio o i propri numeri, indipendentemente dall'impresa fornitrice del servizio". Se ne deduce l'esistenza di un diritto alla portabilità del proprio numero, come del resto riconosciuto dalla giurisprudenza, la quale, pronunciandosi sui rapporti tra operatori in materia e riferendosi





proprio al citato art. 80, ha affermato che “non esiste norma alcuna che riservi ai suddetti operatori il potere di interferire su un *diritto*” (T.A.R. Lazio, sent. 5781/2009). In un contesto come quello della somministrazione del servizio telefonico in genere, lasciato per gran parte alla contrattazione e in cui le imposizioni normative sono tendenzialmente generiche ed espresse da fonti secondarie, appare particolarmente rilevante che una fonte primaria configuri la portabilità come diritto dell’utente. La ragione di una simile scelta è chiara: la portabilità rappresenta infatti “il completamento logico del [...] diritto di libero recesso [dell’utente], perché gli consente di continuare ad utilizzarlo [il numero posseduto] nei suoi rapporti familiari, professionali e sociali, che sarebbero penalizzati se contro la sua volontà egli fosse costretto a cambiarlo” (T.A.R. Lazio, sent. 5781/2009). Ancora, la del. AGCOM 73/11/CONS distingue espressamente i “servizi accessori” (“servizi correlati a quelli di accesso alla rete di comunicazione” (art. 1, c. 1, lett. j) e art. 3, c. 4) dal servizio di portabilità (art. 6), separando pertanto le due fattispecie. Nel caso di specie, che interesse dell’utente fosse quello di ricevere la somministrazione del servizio sull’utenza 000 è circostanza provata dal contratto, che, nella medesima pagina, somma e collega la richiesta di somministrazione del servizio e la richiesta di portabilità. D’altro canto non risulta che l’istante abbia utilizzato i servizi che Fastweb ha comunque attivato in assenza di portabilità, risultanti dalle fatture prodotte. È di comune esperienza, poi, ritenere che qualora l’utente avesse avuto interesse a ricevere il servizio su un’altra utenza, diversa da quella sino ad allora posseduta, avrebbe evitato di richiedere la portabilità limitandosi a stipulare un contratto avente ad oggetto una nuova utenza. Ancora, il reclamo del 30 ottobre 2010 manifesta in modo chiaro l’essenzialità della portabilità rispetto alla somministrazione del servizio telefonico. Conclusivamente, deve quindi ritenersi che l’obbligazione assunta da Fastweb fosse quella di somministrare il servizio telefonico e internet sull’utenza 000 e che la mancata portabilità del numero è inadempimento di rilevante importanza, tale da pregiudicare l’interesse dell’utente alla stipulazione del contratto e pertanto idoneo a determinarne la risoluzione. Per tali motivi, a fronte dell’inadempimento dell’operatore e in mancanza di alcuna prova circa l’utilizzo da parte dell’utente dei servizi comunque forniti da Fastweb, Fastweb non può pretendere il pagamento di alcuna somma ed è pertanto tenuta ad annullare ogni fattura emessa in relazione al contratto in oggetto, rimborsando per l’effetto le somme pagate dall’istante. Giova infine precisare, relativamente alle somme richieste da Fastweb, che l’utenza aggiuntiva, attivata come da contratto, non prevede costi a carico dell’utente e non incide pertanto sull’entità delle fatture



emesse e che, trattandosi di risoluzione, indebiti sono *per tabulas* i costi, le penali e gli addebiti per recesso anticipato indicati nella fattura n. 685156 del 14 febbraio 2009.

L'inadempimento di Fastweb, così ricostruito, è tuttavia dipeso da fatto a lei non imputabile, ai sensi dell'art. 1218 c.c., ossia dal rigetto della richiesta di portabilità effettuato da Telecom, operatore donating. È però da rilevare che tanto la notizia del rigetto quanto il motivo addotto da Telecom sono stati riferiti da Fastweb all'utente solo in data 5 novembre 2010, a mezzo di comunicazione di posta elettronica. Tale lacuna informativa ha indubbiamente inciso sulle scelte contrattuali dell'utente, limitandone lo spettro anzitutto in relazione alla possibilità di presentare una nuova richiesta di portabilità superando il motivo di rigetto espresso da Telecom. La condotta inerte di Fastweb rappresenta allora una violazione del principio di buona fede contrattuale, di cui all'art. 1375 c.c., in forza del quale ogni contraente è obbligato "al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico" (cfr. C. Cass., sent. 264/2006). Sacrificio non integrato, certamente, da un'anticipazione della comunicazione inviata quasi due anni dopo il rigetto della richiesta di portabilità. La condotta di Fastweb merita quindi la condanna di questi al pagamento di un indennizzo, che si quantifica in via equitativa, ai sensi dell'art. 12, c. 3, del. AGCOM 73/11/CONS, in euro 200,00, attesa la natura professionale dell'istante, l'importanza dell'utenza in questione, pubblicata sull'elenco "Pagine bianche" come unico recapito dell'attività commerciale, la conclusione del rapporto contrattuale in data 14 febbraio 2009. Al riguardo, l'eccezione di inammissibilità della richiesta di indennizzo, avanzata da Fastweb, deve essere rigettata. Premesso infatti che, per espressa ammissione dell'operatore, in sede di udienza di conciliazione è stata oggetto di discussione anche la richiesta di indennizzo avanzata dall'utente, occorre comunque rammentare che, ai sensi dell'art. III 1.2 del. AGCOM 529/09/CONS, "nulla osta" a che la delibera di definizione disponga la liquidazione di indennizzi non richiesti dall'istante e quindi come tali non oggetto del tentativo di conciliazione, essendo da un lato rilevante che la "questione" sottoposta alla definizione sia la medesima rispetto a quella sottoposta al tentativo di conciliazione ed essendo dall'altro lato gli indennizzi previsti da disposizioni normative o clausole contrattuali. Riguardo infine all'esatta qualificazione della voce di indennizzo operata dall'istante, occorre far riferimento agli artt. 14, c. 1 e art. 7, c. 2, lett. c), del. AGCOM 173/07/CONS, secondo cui l'istante deve indicare le richieste che, in forza del successivo art. 19, c. 4, sono *ope legis* limitate a quanto previsto "dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere





dell'Autorità". La valutazione del rispetto di tali obblighi, rispondendo a un principio di tutela del contraente più debole, deve condurre alla rettifica delle istanze inesatte, specie in materia di indennizzi, secondo quanto indicato dal par. III.1.2. del. AGCOM 529/09/CONS.

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, atteso che l'istante, rappresentato, ha partecipato all'udienza di discussione.

DETERMINA QUANTO SEGUE

In accoglimento dell'istanza presentata da XXXXX, con sede nel comune di XXXXX, rappresentato dalla Federconsumatori ed elettivamente domiciliato 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 integralmente ogni fattura, compresa la fattura residua non ancora pagata, emessa in relazione all'utenza di cui si controverte, rimborsando ogni somma corrisposta dall'istante a pagamento delle fatture e cessando, a propria cura e spese, ogni azione di recupero del credito;
- 2) Corrispondere all'istante la somma di euro 200,00 (duecento/00), a titolo di indennizzo;
- 3) Corrispondere la somma di 100,00 euro 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 comunicata 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 giorni 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.

La Responsabile del Servizio CORECOM

Dott.ssa Primarosa Fini

