

DELIBERA N. 153/19/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
MAGLIFICIO BEBY /FASTWEB S.P.A./BT ITALIA S.P.A.
(GU14/60138/2018)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti del 04 novembre 2019;

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 “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/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;

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;

VISTO l’articolo 7 del decreto legge 21 settembre 2019, n. 104, recante “*Misure urgenti per assicurare la continuità delle funzioni dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*” ai sensi del quale “*Il Presidente e i Componenti del Consiglio dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all’articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, in carica alla data del 19 settembre 2019, continuano a esercitare le*

proprie funzioni, limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione e a quelli indifferibili e urgenti, fino all'insediamento del nuovo Consiglio e comunque fino a non oltre il 31 dicembre 2019".

VISTA l'istanza dell'azienda Maglificio Beby, acquisita al protocollo n. 0235790 del 19/12/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante, in data 4 maggio 2016, ha migrato la linea telefonica dedotta in controversia da Fastweb S.p.A. a BT Italia S.p.A. Infatti, in pari data, ha ricevuto una mail dal Servizio Clienti Aziende di Fastweb S.p.A. "*nella quale si conferma la richiesta di portabilità verso altro operatore relativamente alle linee 0574712xxx, 0574673xxx e 0574711xxx e si informa il cliente che sarebbero rimasti attivi il servizio di connettività dati per E 50/mese e le numerazioni per le quali non è stata chiesta la portabilità, per E 10/m, oltre a non meglio specificati servizi addizionali*". Nelle fatture Fastweb LA 00187134, LA00265591, LA00344338, LA00416275, LA00038354, LA00121156, LA00199490, LA00277736, riferite al periodo 15.04.16 – 14.10.17 sono invece indicate ancora le linee 0574712xxx, 0574673xxx e 0574711xxx, oltre a due linee 0574076xxx e 0574076xxx, mai richieste dall'istante e mai utilizzate. Infine, si contesta la fattura LA00128690, riferita al periodo 15.02–14.04.18, in cui sono stati addebitati i costi per il recesso anticipato, pari ad euro 297,38, nonostante l'utente sia rimasto cliente di Fastweb S.p.A. per un periodo superiore a 24 mesi (v. prima fattura Fastweb LA00159293 del 14.12.13). In relazione a quanto sopra l'istante ha inviato a Fastweb S.p.A. un reclamo, a mezzo PEC del 10 marzo 2017, senza ricevere alcun riscontro. In data 22 settembre 2017, l'utente ha comunicato a Fastweb S.p.A., a mezzo PEC, la risoluzione del contratto riferito al codice cliente LA00371898 e ha chiesto l'indennizzo per aver fatturato, nel periodo compreso dal 12.12.13 al 14.10.17, in riferimento alle due linee telefoniche, n. 0574076xxx e n. 0574076xxx, mai richieste.

Sulla base di tale ricostruzione dei fatti l'istante ha presentato le seguenti richieste:

i. storno delle fatture emesse da Fastweb S.p.A. n. LA00187134, LA00265591, LA00344338, LA00416275, LA00038354, LA00121156, LA00199490, LA00277736, LA00128690 ed altre eventuali riferite al periodo successivo all'espletamento della procedura di migrazione delle utenze in BT Italia S.p.A.;

ii. corresponsione dell'indennizzo per la ritardata migrazione delle linee telefoniche n. 0574712xxx, 0574673xxx e 0574711xxx;

iii. la corresponsione dell'indennizzo per mancata risposta al reclamo del marzo 2017;

iv. la corresponsione dell'indennizzo *“per aver fatturato le linee 0574076xxx e 0574076xxx, mai richieste, per il periodo compreso dal 12.12.13 –14.10.17”*.

2. La posizione degli operatori

L'operatore Fastweb S.p.A., preliminarmente, ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza *“dal momento che controparte ha esperito due tentativi di conciliazione aventi il medesimo oggetto”* di cui il primo relativo al verbale di mancato accordo del 15 maggio 2017 e l'altro, quello riferito alla procedura di cui si discute, connesso la verbale di mancato accordo del 25 settembre 2018 (UG/4127/17/Regione Toscana).

Nel merito, Fastweb S.p.A. ha dichiarato che *“i numeri sono passati in BT con NNP”* e, come noto, la procedura di NPP consente il passaggio della sola numerazione, senza contestuale migrazione del servizio di accesso intermedio, pertanto il contratto è proseguito per i servizi che non sono stati oggetto di trasferimento; infatti, per la chiusura del contratto, è necessaria la disdetta da parte dell'utente. La Società, in proposito, ha dichiarato che *“ha inviato una comunicazione a controparte, riferendo tale necessità che il contratto sarebbe rimasto attivo per i servizi che non erano stati oggetto di NPP e della necessità di inviare disdetta per chiudere l'intero contratto”*. Inoltre, ha rilevato che l'utente non ha mai reclamato in merito ai fatti dedotti in controversia, e anche la PEC datata 10 marzo 2017 risulta consegnata ma non è allegata prova di accettazione, fermo restando che è indirizzata ad un recapito che non è tra quelli indicati dall'operatore e non attiene alle utenze telefoniche n. 0574076xxx e n. 0574076xxx. Il contratto è stato chiuso il 22 febbraio 2018 e la penale addebitata, dovuta e legittima, non è stata pagata da controparte che, peraltro, ha maturato un insoluto di euro 4.583,25 per il mancato pagamento delle fatture emesse dal mese di settembre 2017 all'ultima del 14 aprile 2018.

L'operatore BT Italia S.p.A., in memorie, ha contestato le richieste di indennizzo per ritardata migrazione; in particolare ha dichiarato che l'utente, in data 31 marzo 2016 ha sottoscritto la proposta di abbonamento denominata *VIP Band Evolution* relativa all'attivazione delle numerazioni 0574712xxx, 0574711xxx, 0574673xxx e il servizio è stato regolarmente attivato e collaudato, previo espletamento della migrazione per NPP in data 5 maggio 2016.

3. Motivazione della decisione

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

Preliminarmente, si precisa che non si ritiene di accogliere l'eccezione di inammissibilità sollevata da Fastweb S.p.A. in quanto le richieste formulate nell'istanza di definizione, e quindi nell'UG/4127/17/Regione Toscana cui la stessa è connessa, sono ulteriori rispetto a quelle oggetto della conciliazione esperita in data 15 maggio 2017; fermo restando che non risulta che l'operatore abbia opposto tale eccezione quando ha

aderito al tentativo di conciliazione relativo all'istanza di cui si discute e che la norma richiamata in memorie a fondamento della propria pretesa (articolo 14 del Regolamento approvato con delibera n. 173/07/CONS) è stata oggi superata dall'articolo 14 del Regolamento approvato con delibera n. 203/18/CONS che non fa riferimento al "primo" tentativo di conciliazione. In relazione a tanto, atteso che la questione di cui trattasi doveva essere sollevata, d'ufficio o su eccezione di parte, in altra sede, l'Autorità non può che definire la controversia per la quale risulta sottoscritto dalle parti verbale di accordo negativo in data 25 settembre 2018.

Nel merito, fermo restando che la memoria della Società si intende depositata entro il 45° giorno di cui all'articolo 16 del richiamato Regolamento, risulta incontestato ed anzi ammesso dall'istante stesso che Fastweb S.p.A. ha tempestivamente comunicato all'utente la modifica dell'oggetto del contratto vigente. Infatti, atteso che l'utente non ha contestato l'espletamento di una procedura di *NPP*, anziché di migrazione ex delibera n. 274/07/CONS, Fastweb S.p.A., in quanto operatore *donating*, era tenuta a dare esecuzione alla procedura prevista in relazione alla richiesta pervenuta da BT Italia S.p.A., *recipient* (procedura di *Number Portability Pura* ex delibera n. 35/10/CONS). Ciò detto, l'evidente l'inconsapevolezza dell'istante in ordine alla disciplina della procedura di *NNP*, soprattutto in ordine alle conseguenze scaturenti sul rapporto contrattuale con l'operatore *donating*, non è imputabile a Fastweb S.p.A. Infatti, nonostante fosse stato tempestivamente e diligentemente edotto dall'operatore in ordine al fatto che il contratto sarebbe rimasto attivo in relazione al servizio di connettività dati "*e per le numerazioni per le quali non era stata richiesta la portabilità*", l'utente è rimasto inerte sino al 10 marzo 2017. In tal caso si ritiene trovi applicazione il principio di cui all'articolo 1227 Cod. civ. sul concorso del fatto colposo del creditore: se l'utente ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, la sua pretesa deve essere diminuita proporzionalmente alla sua colpa e può non essere riconosciuta. Il Maglificio Baby, prima del 10 marzo 2017, si è completamente disinteressato della problematica di cui si duole in controversia, pertanto si ritiene che la richiesta n. 1) possa essere accolta a far data dal momento in cui l'interesse dell'utente è diventato attuale ed è stato manifestato attraverso il reclamo, cui l'operatore non ha fornito riscontro. In proposito a nulla vale addurre che il reclamo è stato inviato ad un indirizzo diverso da quello indicato nelle Condizioni generali di contratto atteso che, inconfutabilmente, l'utente ha provato la consegna del reclamo alla Società.

In accoglimento alla richiesta *sub i.*, si ritiene dunque che Fastweb S.p.A. debba stornare, ovvero rimborsare, gli importi addebitati in riferimento alle numerazioni 0574712xxx, 0574711xxx, 0574673xxx a far data dal 10 marzo 2017. Inoltre, non può ritenersi "*legittima e dovuta*", come dichiarato dall'operatore in memorie, la cifra addebitata nella fattura n. LA00128690 del 14 aprile 2018, a titolo di "*penale per recesso anticipato*". Infatti, fermo restando che l'articolo 1, comma 3, della legge 40/2007 (c.d. decreto Bersani) sancisce la nullità delle clausole contrattuali che impongono agli utenti, in caso di recesso anticipato, spese non giustificate dai costi sostenuti dagli operatori, la

ratio della legge n. 40/2007, secondo cui nei contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia deve essere garantita la libertà dell'utente di recedere senza vincoli temporali e senza spese non giustificate da costi dell'operatore, non può essere implicitamente disattesa attraverso l'addebito di corrispettivi che appaiono iniqui e sproporzionati nell'ambito del sinallagma contrattuale. Pertanto, anche l'importo addebitato nella fattura n. LA00128690 del 14 aprile 2018 deve essere interamente stornato.

Viceversa, non può essere accolta la richiesta *sub ii.* in quanto, ai sensi delle Condizioni generali di contratto BT Italia S.p.A. "*VIP Band Evolution*", cui l'utente ha aderito, "*L'attivazione del servizio e il definitivo distacco dall'operatore telefonico precedente avverrà entro 45 giorni lavorativi a partire dal ricevimento dell'ordine firmato*". Quindi, atteso che l'utente ha sottoscritto il contratto il 31 marzo 2016 e i servizi sono stati attivati da BT Italia S.p.A. il 4 maggio seguente, non si ravvisa un ritardo nell'espletamento della procedura di portabilità.

Parimenti, non si ritiene di accogliere la richiesta *sub iii.* in quanto, in seguito al reclamo del marzo 2017, le parti hanno avuto modo di confrontarsi nell'udienza di conciliazione che, come risulta dal verbale in atti, è avvenuta dinanzi al CORECOM nel maggio 2017, quindi entro il termine di 45 giorni che, ai sensi delle proprie Condizioni generali di contratto, gli operatori si riservano per dare riscontro ai reclami.

Infine, merita accoglimento la richiesta *sub iv.*, atteso che Fastweb S.p.A. non ha esibito alcun contratto comprovante la legittimità della fatturazione riferita alle utenze n. 0574076xxx e n. 0574076xxx, tantomeno ha provveduto a dettagliare, ovvero precisare, i costi addebitati in riferimento alle predette numerazioni. In relazione a tanto, restando incontestata la pretesa dell'istante, la Società è tenuta al ricalcolo delle fatture emesse in riferimento al periodo compreso dal 12 dicembre 2013 al 14 ottobre 2017, scomputando, proporzionalmente, i costi addebitati in relazione alle numerazioni di cui trattasi da quelli complessivamente fatturati.

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. L'Autorità accoglie parzialmente l'istanza dell'utente Maglificio Beby nei confronti della società Fastweb S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.

2. La società Fastweb S.p.A., entro 60 giorni dalla notifica del presente provvedimento, oltre all'intero importo addebitato nella fattura n. LA00128690 del 14 aprile 2018, a titolo di "*penale per recesso anticipato*", è tenuta a stornare, ovvero

rimborsare, gli importi addebitati in riferimento alle numerazioni 0574712xxx, 0574711xxx, 0574673xxx a far data dal 10 marzo 2017, nonché al rimborso, previo ricalcolo delle fatture emesse in riferimento al periodo compreso dal 12 dicembre 2013 al 14 ottobre 2017, dei costi proporzionalmente addebitati in relazione alle numerazioni 0574076xxx e 0574076xxx.

3. 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.

4. 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.

Roma, 04 novembre 2019

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Nicita

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL VICE SEGRETARIO GENERALE
Nicola Sansalone