

Delibera n. 355/11/CONS

Ordinanza ingiunzione alla società Fastweb S.p.A. per la violazione dell'articolo 1, comma 31, della legge n. 249/97, per l'inottemperanza al provvedimento temporaneo n. 45/10 del Corecom Piemonte (proc. sanz. n. 80/10/DIT)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 23 giugno 2011;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "*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*";

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche al sistema penale*";

VISTO il Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 136/06/CONS del 15 marzo 2006 e successive modificazioni, nel testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS;

VISTO il regolamento di attuazione dell'articolo 14-*bis* del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, con il quale sono state disciplinate in via generale le procedure in materia di formulazione di impegni da parte degli operatori di settore, regolamento recato dalla delibera 645/06/CONS e successive modificazioni;

VISTO l'atto di contestazione del Direttore della Direzione tutela dei consumatori n. 80/10/DIT, ed il relativo verbale di accertamento del 29 dicembre 2010, notificato alla società Fastweb S.p.A. con sede legale in Via Caracciolo, 51 – 20155 Milano, in data 5 gennaio 2011, con il quale è stata contestata la violazione dell'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249, per non aver ottemperato all'ordine impartito con il provvedimento temporaneo n. 45/10 adottato dal Corecom Piemonte ai sensi dell'articolo 5 del regolamento di cui alla delibera n. 173/07/CONS, avente ad oggetto la riattivazione dell'utenza n. 011707xxxx intestata al sig. F. D.;

VISTA la nota del 7 febbraio 2011 (prot. n. 5678) con cui la società Fastweb S.p.A. ha prodotto memoria difensiva e chiesto l'audizione;

VISTO il verbale di audizione del 15 febbraio 2011;

VISTI gli atti istruttori del procedimento;

VISTA la richiesta di approfondimenti istruttori formulata dal Consiglio nella riunione del 30 maggio 2011;

VISTA la nota del Servizio giuridico emessa in data 17 giugno 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Deduzioni della società Fastweb S.p.A.

La società Fastweb S.p.A. (di seguito, Fastweb), in merito ai fatti oggetto di contestazione, ha rappresentato quanto segue.

i) In data 16 giugno 2010 il cliente chiedeva ed otteneva, conformemente a quanto previsto dall'articolo 8 delle condizioni generali di contratto, la variazione del proprio piano tariffario (attivato il 23 febbraio 2005). In pari data, Fastweb rimodulava la tariffa sino a quel momento applicata senza apportare alcuna modifica al contratto già esistente.

ii) Fastweb, ricevuta la richiesta di rimodulazione del piano tariffario, provvedeva ad informare la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. del ripensamento del cliente. Ciononostante la predetta Società, senza considerare la mutata volontà del sig. F. D., dava seguito alla procedura di migrazione, espletata il 1 luglio 2010. Il perfezionarsi della migrazione determinava la cessazione del rapporto contrattuale n. 0658816 esistente tra il sig. F. D. e la Fastweb, nonché la conseguente caducazione di tutte le offerte sino a quel momento applicate; comportava, altresì, l'impossibilità per la Società di disporre di qualsiasi risorsa (utenza ed accesso di rete).

iii) La Società precisava, altresì, che la variazione del piano disposta in data 16 giugno 2010 non poteva essere considerata fonte di un nuovo vincolo contrattuale né poteva intendersi come novazione di quello esistente. La richiesta formulata dal cliente rappresentava, viceversa, *“la mera modificazione accessoria di elementi secondari del rapporto obbligatorio”*. E, infatti, come precisato dalle norme del codice civile *“il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione”* (articolo 1231 c.c.); *“la volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco”* (1230, comma 2, c.c.). Sul punto, anche la giurisprudenza sembra essere consolidata: la Corte di Cassazione ha, infatti, affermato *“(omissis) dovendosi invece escludere che la semplice regolazione pattizia delle modalità di svolgimento della preesistente prestazione produca novazione”* (Cass. Civ. sez. III, n. 12962, 16 giugno 2005).

In conclusione, in mancanza di un vincolo contrattuale con il cliente, cessato con il perfezionarsi della procedura di migrazione, la Società ha ribadito l'impossibilità di ottemperare all'ordine impartito dal Corecom Piemonte. In assenza, quindi, di qualsiasi presupposto giuridico non può ritenersi sussistente alcuna violazione e, pertanto, chiede l'archiviazione del procedimento.

Valutazioni dell'Autorità

Prima di verificare, nel merito, la fondatezza o meno delle argomentazioni difensive proposte dalla Società, si rende necessaria una breve ricostruzione dei fatti che emergono dalla documentazione prodotta dall'utente, ad integrazione di quella trasmessa dal Corecom.

Dalla stessa risulta che in data 14 giugno 2010 il sig. F. D., già cliente Fastweb, richiedeva, tramite portale, l'attivazione del servizio telefonico con l'operatore Wind S.p.A. Ed infatti, il giorno successivo (15 giugno 2010) Wind confermava, a mezzo e-mail, la regolare sottoscrizione del contratto.

In data 16 giugno 2010 l'utente veniva contattato da Fastweb; in tale circostanza l'operatore formulava una controproposta che, ritenuta economicamente più vantaggiosa, veniva accettata. Contestualmente la Società chiedeva all'utente di formalizzare, entro la data del 19 giugno 2010, il recesso dal contratto con Wind. E, infatti, il 17 giugno 2010 il sig. F. D., conformemente alle indicazioni ricevute, inviava raccomandata di disdetta, pervenuta a Wind il successivo 24 giugno 2010.

Il cliente quindi, riteneva di aver compiuto tutte le attività necessarie per continuare a fruire del servizio con Fastweb e, dunque, di beneficiare dei vantaggi derivanti dalla nuova tariffa sottoscritta.

Inaspettatamente, il 29 giugno 2010 l'utente veniva informato da Wind che il servizio stava per essere attivato con Infostrada; seguiva il 1 luglio l'interruzione del servizio telefonico. Il 12 luglio 2010 Wind contattava nuovamente il cliente fornendogli il codice di migrazione; nel corso della stessa giornata il sig. F. D. comunicava a Fastweb il codice di migrazione e chiedeva di continuare a fruire del servizio telefonico con detto operatore. Il predetto servizio, tuttavia, non veniva ripristinato e, per questo, l'utente formulava presso il Corecom Piemonte istanza di adozione di un provvedimento temporaneo.

Ricostruito l'iter cronologico degli eventi si può procedere, a questo punto, all'esame delle argomentazioni difensive sostenute dalla Società che, nel merito, non potranno trovare accoglimento. In particolare, con il provvedimento temporaneo il Corecom Piemonte ha ordinato alle società interessate (Wind e Fastweb) di provvedere, nei limiti delle rispettive competenze, alla riattivazione dell'utenza intestata al sig. F. D. e al ripristino del servizio con l'operatore Fastweb.

L'operatore Wind ha dato prova di aver tempestivamente fornito il codice di migrazione ed informato l'utente sulle modalità di utilizzo. Per esattezza, il suddetto codice è stato comunicato in data 12 luglio 2010, ancor prima dell'adozione del provvedimento in esame, datato 20 luglio 2010. Viceversa, Fastweb non ha provveduto al ripristino del servizio adducendo come unica giustificazione la mancanza di un valido contratto.

Ebbene, la Società, in qualità di soggetto destinatario dell'ordine impartito dal Corecom, avrebbe dovuto disporre la riattivazione del servizio, salvo eventuali impedimenti tecnici. E, infatti, dalla documentazione probatoria non è emersa alcuna impossibilità oggettiva idonea a giustificare l'evasione all'ordine ricevuto. Il sig. F. D. ha più volte manifestato la volontà, anche nell'istanza di GU5, di continuare a fruire del servizio con Fastweb; con lo stesso provvedimento temporaneo il Corecom ha ordinato la riattivazione del servizio rendendo inequivoca la volontà dell'utente.

Fastweb, pertanto, supportata dalla fattibilità tecnica e dalla collaborazione di Wind, poteva ripristinare il servizio, quantomeno per la sola fase di conciliazione e/o di definizione e, se ritenuto opportuno, eventualmente esperire i rimedi previsti dall'ordinamento giuridico per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive.

Anche nel merito le argomentazioni di Fastweb non sono apparse decisive. La tesi dell'operatore, infatti, si è basata sull'erroneo presupposto che il completamento della procedura di migrazione da parte di Wind, avvenuto il 1 luglio 2010, abbia determinato la cessazione del rapporto contrattuale del sig. F. D. con Fastweb. Di conseguenza la Società ha qualificato la sua "controproposta" all'utente del 16 giugno 2010 come "*mera variazione del piano tariffario di cui al contratto stipulato in data 23 febbraio 2005*": variazione che, quindi, verrebbe a decadere con il completamento della procedura di migrazione. In realtà la cessazione del rapporto contrattuale (originario) con Fastweb non ha alcuna connessione con la procedura di migrazione ed è intervenuta precedentemente alla "controproposta" della Società, e cioè con la sottoscrizione del contratto con Wind il 15 giugno 2010. Oltretutto, l'accettazione della "controproposta" da parte dell'utente avvenuta in data 16 giugno 2010, unitamente al recesso con Wind (recesso, peraltro suggerito al sig. F. D. dalla stessa Fastweb), ha sostanziato la medesima operazione sia pure a ritroso: il cliente ha ricevuto una nuova offerta (alternativa e più vantaggiosa di quella contenuta nel contratto recesso) da parte del vecchio *donating* che ha assunto le vesti, a sua volta, di *recipient*. Ne consegue, che le argomentazioni di Fastweb, relative alla presunta "*caducazione di ogni precedente offerta*" a seguito del "*completamento della procedura di migrazione*", non sembrano idonee a comprovare la legittimità della propria condotta, quantomeno in relazione all'inottemperanza contestata.

Infine, al di là del rilievo giuridico – temporale sopra esposto, la "controproposta" di Fastweb non sembra essere immediatamente riconducibile, come sostenuto dall'operatore, all'articolo 8 delle condizioni generali di contratto. Il predetto articolo, infatti, presuppone una previa richiesta di variazione che il cliente deve formulare "*con le forme e secondo le modalità previste dall'articolo 14, comma 2*"; ossia "*le comunicazioni di cui al presente contratto, ove non diversamente specificato, dovranno essere inviate tramite raccomandata a/r, e-mail o fax (...)*" (articolo 14, comma 2). Dalla documentazione prodotta dalla Società, tuttavia, non emerge alcun riferimento alla previa richiesta di variazione dell'abbonamento che sarebbe stata formulata dal sig. F. D.. Ne consegue, che la richiesta di modifica al piano tariffario non può essere imputata all'utente bensì, alla luce delle risultate istruttorie, alla stessa Fastweb.

RITENUTA, in conclusione, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997 n. 249, avendo accertato che la società Fastweb S.p.A., come meglio precisato in motivazione, non ha ottemperato all'ordine impartito con il provvedimento temporaneo n. 45/10 emesso dal Corecom Piemonte;

CONSIDERATO quanto segue ai fini della irrogazione della sanzione e della sua quantificazione:

a) con riferimento alla gravità della violazione, va rilevato che con il proprio comportamento la Società ha leso il diritto dell'utente di attivare e fruire tempestivamente del servizio. In particolare la Società non ha ripristinato il servizio come ordinato dal Corecom, quantomeno per la sola fase di conciliazione e/o di definizione, ed in assenza di impedimenti tecnici idonei a giustificare la mancata riattivazione;

b) con riferimento all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione degli effetti conseguenti alla violazione commessa, va tenuto conto che il provvedimento temporaneo è rimasto inottemperato, almeno fin quando l'utente non ha espresso una differente volontà negoziale in sede di conciliazione;

c) con riferimento alla personalità dell'agente, la società Fastweb S.p.A. è dotata di una organizzazione interna idonea a garantire l'ottemperanza ai provvedimenti temporanei adottati dai Corecom e dall'Autorità;

d) con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, le stesse sono tali da consentire l'applicazione della sanzione pecuniaria come sotto determinata.

RITENUTO, pertanto, di dover determinare la sanzione amministrativa pecuniaria, per la violazione contestata, nella misura del triplo del minimo edittale corrispondente ad euro 30.987,00 (trentamila novecentoottantasette/00) in relazione agli usuali criteri per la determinazione della sanzione di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione tutela dei consumatori;

UDITA la relazione del Commissario Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

ORDINA

alla società Fastweb S.p.A., con sede legale in Via Caracciolo, 51 – 20155 Milano, di pagare la somma di euro 30.987,00 (trentamila novecentoottantasette/00) quale sanzione amministrativa irrogata ai sensi dell'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249 per non aver ottemperato all'ordine impartito con il provvedimento temporaneo n. 45/10 adottato dal Corecom Piemonte ai sensi dell'articolo 5 del regolamento di cui alla delibera n. 173/07/CONS.

DIFFIDA

la società Fastweb S.p.A. a non porre in essere ulteriori inottemperanze ai provvedimenti temporanei emanati da questa Autorità.

INGIUNGE

alla medesima Società di versare la predetta somma alla Sezione di Tesoreria Provinciale dello Stato di Roma sul c/c n. 871012 ovvero tramite versamento sul c/c bancario intestato alla predetta Sezione di Tesoreria e corrispondente al codice IBAN IT5400100003245348010237900, con imputazione al capitolo 2379 capo X bilancio di previsione dello Stato, evidenziando nella causale “Sanzione amministrativa irrogata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 355/11/CONS”, entro 30 giorni dalla notificazione del presente provvedimento, sotto pena dei conseguenti atti esecutivi a norma dell’articolo 27 della citata legge 24 novembre 1981, n. 689.

Entro il termine di 10 giorni dal versamento, dovrà essere inviata in originale, o in copia autenticata, a quest’Autorità quietanza dell’avvenuto versamento, indicando come riferimento “Delibera n.355/11/CONS”.

La presente delibera è pubblicata nel sito web dell’Autorità: www.agcom.it.

Ai sensi dell’articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell’articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Roma, 23 giugno 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

I COMMISSARI RELATORI

Gianluigi Magri

Sebastiano Sortino

Per visto di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola