

DELIBERA N. 129/21/CIR

**DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
U./EOLO S.P.A./FASTWEB S.P.A.
(GU14/441005/2021)**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le Infrastrutture e le Reti dell'1 dicembre 2021;

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 “*Approvazione del 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. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata dalla delibera n. 696/20/CONS e, da ultimo, dalla delibera n. 238/21/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*”, di seguito *Regolamento*, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 353/19/CONS;

VISTA l’istanza dell’utente U., del 09/07/2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L'istante, titolare dell'utenza *business* n. 3484224xxx, nel corso della procedura ha rappresentato quanto segue:

a. in data 23/02/2021 Fastweb S.p.A. ha comunicato all'utente, a mezzo *e-mail*, che a far data dal 31/03/2021 la linea telefonica sarebbe stata disattivata, «*dandogli la possibilità di migrare ad altro OLO*»;

b. pertanto, «*i primi di marzo*» l'istante ha sottoscritto un contratto con l'operatore Eolo S.p.A., avente a oggetto l'attivazione dei servizi telefonici sulla numerazione dedotta in controversia, previa portabilità della stessa da Fastweb S.p.A.;

c. tuttavia, dal 10/04/2021 i servizi telefonici, voce e *internet*, risultano non funzionanti e «*gli operatori si scambiavano reciprocamente la responsabilità sulla titolarità della numerazione*»;

d. in data 28/04/2021, l'utente «*a seguito della perdita del numero storico e vista la necessità di attivare i servizi, necessari allo svolgimento della sua attività, ha stipulato un altro contratto con Eolo, attivando un nuovo numero*».

In base a tali premesse, parte istante ha avanzato le seguenti richieste:

i. «*la chiusura del contratto in esenzione spese, lo storno dell'eventuale insoluto con il ritiro della pratica di recupero crediti e la cancellazione dall'elenco simoitel*»;

ii. la corresponsione di un indennizzo per perdita della numerazione;

iii. la corresponsione di un indennizzo per mancata risposta ai reclami;

iv. «*si richiede inoltre l'indennizzo previsto dall'art. 292 della legge 160 del 27/12/2019 (legge di bilancio 2020)*».

2. La posizione degli operatori

L'operatore Fastweb S.p.A., in memorie, ha dichiarato di aver informato il proprio cliente, con comunicazione telefonica del 22/02/2021 e scritta del 23/02/2021, che «*a causa di impedimento tecnici non era più possibile fornire il servizio e che il contratto sarebbe stato cessato a partire dal 31/03/2021*» e che per conservare il numero sarebbe stato necessario chiedere la portabilità ad altro operatore; infatti, «*la risorsa Telecom utilizzata per fornire i servizi Fastweb sarebbe stata cessata nel breve periodo, a causa della chiusura da parte di Telecom della centrale*».

Tuttavia, la richiesta di portabilità della risorsa dedotta in controversia è pervenuta da Eolo S.p.A. solamente in data 28/04/2021, ed è stata bocciata da Fastweb S.p.A. che aveva cessato l'utenza già in data 15/04/2021.

Nel merito delle richieste di parte istante, Fastweb S.p.A. ha poi precisato che il contratto intercorso tra Fastweb e l'istante sarebbe pacificamente cessato il 15/04/2021 e che «*la richiesta di storno dell'insoluto è illegittima, in quanto Fastweb ha correttamente emesso la fattura di chiusura dell'1.5.2021, accreditando la porzione di canoni anticipati non goduta (dal 15.4.2021 al 30.4.2021) e addebitando le rate residue del contributo di attivazione Business Assist. Infatti, il contratto sottoscritto tra le parti prevedeva un costo di attivazione Business Assist rateizzato in 48 rate, anziché addebitato interamente al momento dell'attivazione dei servizi. Pertanto, alla cessazione del contratto, Fastweb ha*

legittimamente addebitato le rate residue del costo di attivazione non ancora corrisposte dal cliente». La Società ha altresì addotto che «il costo di disattivazione addebitato nella fattura dell'1.5.2021 è già stato stornato».

In virtù di quanto sopra esposto Fastweb S.p.A. ha quindi ribadito di non aver alcuna responsabilità in merito alla perdita della numerazione e ha poi rilevato che non risulta depositato alcun reclamo in atti.

Infine, per quanto concerne la richiesta dell'utente di cui al punto iv. l'operatore ha voluto puntualizzare che *«nel procedimento di definizione possono essere riconosciuti i soli indennizzi contrattuali oppure previsti dalla Delibera n. 347/18/CONS. In via preliminare subordinata, la domanda è nulla per indeterminatezza dell'oggetto, atteso che controparte non precisa quali sarebbero le fatture illegittime né specifica le motivazioni poste alla base di tale presunta illegittimità, che determinerebbe l'applicazione degli indennizzi previsti dalla Legge di Bilancio. In via ulteriormente subordinata, la richiesta dell'istante di indennizzo per errati addebiti è infondata nel merito, atteso che la norma si applica esclusivamente ai casi in cui siano state emesse fatture a debito in relazione alle quali sia stata accertata l'illegittimità della condotta del gestore per violazioni relative alle modalità di rilevazione dei consumi, di esecuzione dei conguagli o di fatturazione nonché per addebiti di spese non giustificate e di costi per consumi, servizi o beni non dovuti, prevedendo oltre al rimborso delle somme versate, anche il pagamento di una penale pari al 10 % dell'ammontare contestato e non dovuto e, comunque, non inferiore a € 100,00. Nel caso che ci occupa, non si controverte di tema di errate fatturazioni per addebiti di spese non giustificate, bensì dell'asserita perdita della numerazione. Né l'istante ha mai contestato alcuna fattura Fastweb e, oltretutto, la fattura di chiusura emessa in data 1.5.2021 non è stata pagata, difettando quindi uno dei presupposti per l'applicazione dell'indennizzo, ossia il pagamento della fattura».*

L'operatore Eolo S.p.A., in replica alle memorie depositate da Fastweb S.p.A., ha dichiarato che *«il sig. U., contrariamente a quanto dallo stesso sostenuto nella suddetta istanza, concludeva il nuovo contratto di servizio di accesso ad internet con Eolo, formulando contestuale richiesta di portabilità della precedente numerazione, solo in data 16 aprile 2021, come risulta chiaramente dalle note relative al contratto intestato al sig. U. e avente codice contatto 525992-4285XX-XX inserite nel gestionale di Eolo»*, di cui l'operatore allega il relativo *screenshot*. Tanto è altresì comprovato dalla fattura depositata dal Sig. U., datata 17/04/2021.

La Società ha inoltre rappresentato che *«a seguito del pagamento dei costi di attivazione da parte dell'Utente, il contratto veniva correttamente attivato il 28 aprile 2021, data in cui veniva altresì avviata la portabilità del numero richiesta, nel pieno rispetto, quindi, delle normali tempistiche previste per tale procedura».*

In data 04/05/2021 Eolo S.p.A. ha ricevuto il KO alla richiesta di portabilità, con causale *“Directory number non assegnato al donating”* e di ciò dava puntuale informativa all'utente che infatti *«richiedeva l'annullamento della portabilità e l'assegnazione di un nuovo numero, avvenuta in data 24 maggio 2021».*

In virtù di quanto sopra esposto, la Società ha concluso di non avere responsabilità alcuna in ordine ai disservizi patiti dall'istante.

3. Motivazione della decisione

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono trovare parziale accoglimento, come di seguito precisato.

La richiesta dell'istante di cui al punto i. può trovare accoglimento limitatamente allo storno delle rate residue del contributo di attivazione addebitate in riferimento al periodo successivo alla conclusione del rapporto contrattuale. In proposito, premesso che il contratto risulta chiuso a far data dal 15/04/2021, si osserva che l'utente non ha precisato l'importo insoluto di cui chiede lo storno a cosa sia riferito. Tuttavia, si ritiene debbano essere stornate le rate residue addebitate a titolo di contributo di attivazione, in considerazione del fatto che il valore del contributo di cui trattasi si presume commisurato al tempo minimo di vigenza del contratto, pari a mesi 48. Orbene, se il rapporto contrattuale si interrompe anticipatamente per causa non imputabile all'utente, come nel caso di specie, si ritiene equo disporre la rideterminazione del contributo di attivazione in ragione del più breve periodo di vigenza del contratto.

Viceversa, non può trovare accoglimento la richiesta dell'istante di cui al punto ii. In particolare, atteso che Fastweb S.p.A., incontestatamente, ha cessato il contratto in data 15/04/2021, si osserva che in atti non è provato documentalmente che l'utente abbia sottoscritto tempestivamente il contratto con Eolo S.p.A. In proposito, giova rammentare la disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. secondo cui *“chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”*. Alla luce dell'interpretazione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 30 ottobre 2001 n. 13533 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva: cfr. sentt. nn. 2387/2004, 1743/2007, 9351/207, 26953/2008, 15677/2009 e 936/2010), il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Orbene, nel caso di specie il Sig. U. avrebbe dovuto provare di aver sottoscritto il contratto con Eolo S.p.A. entro il termine assegnato da Fastweb S.p.A., ovvero entro il 31/03/2021, o comunque non oltre il 15/04/2021. Tuttavia, l'utente non ha dimostrato il fondamento del proprio diritto, neanche in replica alle asserzioni di Eolo S.p.A., pertanto non può far valere le proprie pretese nei confronti dell'operatore. Atteso dunque che, dalle risultanze istruttorie, non è emersa alcuna responsabilità dell'operatore *donating* in ordine alla perdita della numerazione, in assenza del titolo fondante l'obbligazione contrattuale con l'operatore *recipient* non è possibile accertare che il disservizio di cui si discute sia dipeso dalla condotta da questi posta in essere.

Anche la richiesta dell'istante di cui al punto iii. non può essere accolta, atteso che non ci sono reclami in atti.

Infine, non essendo stato disposto alcun rimborso in favore dell'istante, non può trovare cittadinanza la richiesta dell'utente di cui al punto iv. che, pertanto, non viene accolta.

UDITA la relazione del Commissario Enrico Mandelli, 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 U. nei confronti di Fastweb S.p.A. ed Eolo S.p.A. per le motivazioni di cui in premessa.

2. Fastweb S.p.A. è tenuta a stornare gli importi fatturati a titolo di rate residue del contributo di attivazione, addebitati in riferimento al periodo successivo alla data di conclusione del rapporto contrattuale.

3. La predetta Società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. 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.

5. 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, 1 dicembre 2021

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Enrico Mandelli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba