

DELIBERA N. 43/13/CRL

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

PTM IMMOBILIARE [REDACTED] / FASTWEB [REDACTED] / BT ITALIA [REDACTED]

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 20.5.2013;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, "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, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 20.12.2011, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/741/2011, con cui la PTM IMMOBILIARE [REDACTED] (di seguito, per brevità, la PTM) ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società FASTWEB [REDACTED] (di seguito, per brevità, "Fastweb") e BT ITALIA [REDACTED] (di seguito, per brevità, "BT");

VISTA la nota del 25.1.2012 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie ed invitando, ai soli fini istruttori, l'operatore Telecom Italia [REDACTED] (di seguito, per brevità, "Telecom") a produrre documentazione;

VISTE le note difensive ed i documenti tempestivamente depositati dalle parti;

VISTA la nota con cui Telecom ha presentato la memoria ed i documenti richiesti ai soli fini istruttori ex art.18 del Regolamento;

UDITE le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso lamentando di avere aderito ad una proposta contrattuale di Fastweb (recipient) in data 25.3.2010, chiedendo la migrazione con portabilità di 2 utenze fisse business (06.[REDACTED] e 06.[REDACTED]) già attive con BT (donating); l'utenza n. 06.[REDACTED] migrava regolarmente in Fastweb, mentre la portabilità dell'utenza n. 06.[REDACTED] non veniva mai espletata, nonostante numerosi reclami tutti rimasti senza risposta; Fastweb, inoltre, attivava una ulteriore utenza fissa (06.[REDACTED]) sebbene non richiesta; le utenze, infine, subivano l'interruzione senza preavviso nella giornata del 2.2.2011. L'utente chiedeva pertanto, nei confronti di entrambi i gestori, ciascuno per la parte di propria competenza:

- i. l'immediata migrazione con portabilità dell'utenza n. 06.[REDACTED] da BT a Fastweb;
- ii. il rimborso di quanto pagato a BT per l'utenza migrata, dal 25.5.2010;
- iii. l'indennizzo per la mancata portabilità;
- iv. l'indennizzo per la mancata risposta ai reclami;
- v. l'indennizzo per l'attivazione non richiesta;
- vi. il risarcimento del danno;
- vii. il pagamento delle spese di procedura.

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, l'utente specificava che la portabilità dell'utenza n. 06.[REDACTED] non veniva espletata neppure a seguito di istanza ex art. 5 Delibera 173/07/CONS; che la predetta numerazione costituiva numerazione aggiuntiva a quella n. 06.[REDACTED] per la quale la portabilità era stata regolarmente espletata sicchè, essendo identico il codice di migrazione per entrambe le utenze – come si poteva evincere anche dalle fatture Fastweb - doveva e poteva essere tempestivamente effettuata anche quella del numero aggiuntivo; né Fastweb, né BT, avevano comunicato all'utente il motivo della mancata portabilità; chiedeva pertanto l'indennizzo di 10 Euro pro die ex art. 7 e 12 Delibera 73/11/CONS dal 4.4.2010 (10 giorni dal 25.3.2010 data di sottoscrizione del contratto) alla data della memoria difensiva (23.2.2012) per complessivi € 6.900,00. L'utente chiedeva inoltre a BT un indennizzo per omessa disattivazione della numerazione portata in Fastweb (06.[REDACTED]) dal 4.4.2010 al

23.2.2012 per € 3.450,00, avendo il gestore continuato ad addebitare importi per la predetta numerazione anche successivamente alla migrazione in Fastweb; chiedeva altresì a BT il rimborso di € 1.221,31 pagati nel predetto periodo ovvero, in via subordinata, il rimborso di € 560,65 pari alla somma imputabile alla numerazione 06.████ migrata in Fastweb. L'utente specificava altresì in € 3.450,00 l'indennizzo richiesto a Fastweb per l'attivazione non richiesta del numero 06.████, oltre al rimborso della somma di € 1.152,00 i.i. pari alla metà del canone di € 160,00 pagato per entrambe le linee telefoniche. L'utente chiedeva infine l'indennizzo di € 300,00 a carico di ciascun gestore, per complessivi € 600,00, per la mancata risposta ai reclami, oltre alle spese di procedura.

1.b. Fastweb confermava la conclusione del contratto del 25.3.2010; deduceva che i servizi venivano attivati il 22.4.2010; a fronte della richiesta di portabilità, Fastweb inoltrava agli operatori coinvolti (donor e donating) specifiche richieste per ciascuna delle numerazioni indicate; per la numerazione 06.████ riceveva dal donor notifica di scarto con la causale "risorsa non disponibile"; pertanto, poiché la richiesta di SPP non poteva essere adempiuta per causa non imputabile a Fastweb, questa – attesa la richiesta dell'utente di fruizione di due linee telefoniche "*a prescindere dall'identità specifica dei numeri utilizzati*" – attivava la seconda linea fornendo una numerazione nativa (06.████). Fastweb concludeva per l'assenza di propria responsabilità nella mancata portabilità dell'utenza, e quindi per il rigetto delle domande dell'utente; sulle domande di condanna ad espletare la portabilità ed a provvedere al risarcimento del danno Fastweb ne eccepiva l'inammissibilità ex art. 19 Delibera 173/07/CONS. Per spirito meramente conciliativo, infine, Fastweb offriva il pagamento della somma di € 500,00 anche a titolo di indennizzo per asserita mancata risposta ai reclami e ristoro dei costi sostenuti per la procedura.

1.c. Telecom depositava memoria istruttoria e documenti, con i quali deduceva, per quanto qui interessa, che sul proprio sistema di dialogo certificato tra operatori denominato Pitagora "*risultano i seguenti ordinativi per il numero 06.████, aggiuntivo del n. 06.████...: richiesta di attivazione standard NPG notificata da Fastweb per la sola linea 06.████ eseguita il 25.5.2010. Non si visualizzano richieste di cessazione/rientro ed attualmente la linea risulta assegnata ad OLO*".

1.d. BT non depositava né memorie né repliche.

1.e. All'udienza di discussione ex art. 16 Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS, alla presenza di tutte le parti, ciascuna di esse si riportava alle proprie richieste e difese; BT si rendeva disponibile al rimborso delle fatture emesse successivamente al 25.5.2010.

Il Legale Istruttore, dato atto dell'impossibilità di raggiungere un accordo, rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

2. Motivi della decisione.

A. Sul rito

Preliminarmente, si osserva che l'istanza proposta dall'utente soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

B. Nel merito.

2.a. Sulla mancata portabilità dell'utenza fissa.

Agli atti del procedimento vi è il contratto sottoscritto il 25.3.2010 dall'utente con Fastweb; vi è altresì la copia della "Lettera di recesso o di richiesta di "Linea non attiva" e/o richiesta di "Number Portability" debitamente compilata e sottoscritta dall'utente nei riquadri relativi a "Recesso" e "Number Portability" ove sono chiaramente indicate le due numerazioni da portare. Fastweb ha altresì prodotto le schermate del proprio sistema di dialogo certificato tra operatori, denominato Eureka, ove si evince la causale di scarto della portabilità della numerazione 06. [REDACTED] bocciata da Telecom per "risorsa non disponibile" in data 14.5.2010.

Come noto, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), il creditore che agisce 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, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'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 o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Gli operatori telefonici devono inoltre fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale, con la conseguenza che qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che le circostanze oggetto di doglianza sono dovute da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo, fornendo altresì la prova di avere informato l'utente delle predette difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione.

Il complesso quadro normativo di riferimento è stato solo in parte rispettato da Fastweb, responsabile di non avere rispettato la tempistica regolamentare prescritta per le procedure di migrazione e non aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento della propria obbligazione avente ad oggetto la portabilità dell'utenza, in conformità a quanto previsto dall'articolo 4, commi 1 e 3, della delibera n.179/03/CSP;

Nella fattispecie infatti, trova applicazione la disciplina prevista dalla Delibera 274/07/CONS, come modificata dalla delibera 41/09/CIR, per la quale la portabilità dell'utenza avrebbe dovuto essere avviata entro 10 giorni dalla richiesta del 25.3.2010, cioè entro il 4.4.2010; risulta invece che l'ordine di attivazione all'operatore notificato sia stato impartito solo in data 13.5.2010, in ritardo quindi rispetto al termine prescritto; inoltre risulta che il giorno successivo sempre l'operatore Recipient abbia acquisito a sistema l'esito di bocciatura reso da Telecom Italia con indicazione della relativa causale, e pertanto avrebbe dovuto informare l'utente dell'impossibilità di portare a termine la procedura, anziché avviare attivando direttamente un'utenza nativa che infatti l'utente non ha compreso e pertanto contestato come non richiesta.

Risulta inoltre, dall'esame del fascicolo relativo all'istanza GU5, che il gestore in sede di risposta alla richiesta di osservazioni sulla vicenda, abbia indicato l'utenza in oggetto come attiva e regolarmente funzionante, circostanza smentita in questa fase.

Dagli inadempimenti di cui sopra discende il diritto dell'utente al pagamento dell'indennizzo previsto dal combinato disposto degli artt. 6, comma 1 e 12, comma 2 Delibera 73/11/CONS per il periodo che va dal 4.4.2010 al 13.5.2010 e dal 15.5.2010 al 26.9.2011, data dell'udienza di conciliazione nella quale l'utente ha potuto interloquire col gestore sulle cause della mancata attivazione dell'utenza, per un totale di Euro 5.400,00.

2.b. Sull'attivazione della numerazione nativa Fastweb.

L'utente ha chiesto la condanna di Fastweb al pagamento di un ulteriore indennizzo per attivazione di utenza non richiesta, oltre al rimborso dei relativi canoni di abbonamento.

La domanda non può essere accolta.

Invero l'utente ha aderito all'offerta Small Business Club per 2 linee, come si evince dal relativo contratto: Fastweb, all'esito della mancata portabilità dell'utenza 06.■■■■, ha attivato la numerazione nativa 06.■■■■ in conformità alla richiesta dell'utente di avere 2 linee, ferma restando l'omessa informativa sulla mancata portabilità della seconda utenza BT, già indennizzata al punto precedente; ove non vi avesse provveduto, sarebbe stata inadempiente al contratto e si sarebbe esposta ad una richiesta di indennizzo da parte dell'utente che ben avrebbe potuto lamentare di essere stato privato di una linea telefonica.

2.c. Sulla mancata chiusura amministrativa della posizione contabile dell'utente da parte di BT.

L'utente ha dedotto e provato che BT, successivamente all'espletamento della portabilità della numerazione 06.■■■■ in Fastweb, ha continuato ad addebitare i canoni all'utente; per tale motivo, l'utente ha formulato domanda di pagamento di un indennizzo per € 3.450,00, chiedendo altresì il rimborso di quanto pagato per € 1.221,31 (somma riferita ad entrambe le utenze).

La domanda di rimborso va senz'altro accolta entro i limiti che seguono, posto che, a decorrere dal 25.5.2010, data dell'espletamento della portabilità, l'utenza è passata in carico a Fastweb che ne ha erogato i relativi servizi: sicchè la fatturazione di BT relativa alla sola predetta numerazione è priva di causa, e l'importo pagato dall'utente deve essere a questi rimborsato per complessivi € 560,65 calcolati sulla base delle fatture e delle ricevute di pagamento prodotte dall'utente.

Deve invece essere rigettata la domanda di pagamento di un indennizzo conseguente alla mancata regolarizzazione contabile della posizione dell'utente, posto che per tale tipo di inadempimento la Delibera 73/11/CONS, o il contratto, nonché la consolidata giurisprudenza Agcom (ex multis Delibera 83/10/CIR) non prevedono il diritto al pagamento di un indennizzo; infatti, *"l'irregolarità accertata nell'emissione della fattura viene proporzionalmente sanata, in maniera soddisfattiva, mediante lo storno e/o il rimborso delle somme erroneamente addebitate"*, analogamente a quanto avviene nel caso di ritardata gestione del recesso dal contratto.

2.d. Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente ha provato di avere inoltrato reclami scritti sia a Fastweb (11.5.2010 e 7.1.2011) che a BT (28.1.2011), oltre ad aver proposto reclami tramite call center; ha dedotto che tali reclami non sono stati riscontrati dai gestori, ed ha chiesto il pagamento, a carico di ciascuno di essi, dell'indennizzo di € 300,00 previsto dall'art. 11 Delibera 73/11/CONS.

Rileva, in proposito, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera) secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto (30 giorni ai sensi della Carta Servizi Fastweb) e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

La mancata o ritardata risposta al reclamo inviato, da cui è derivata per l'utente una *mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo, anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Né Fastweb né BT hanno fornito la prova di avere riscontrato i reclami, fondando così la domanda dell'utente al pagamento dell'indennizzo.

Per la determinazione dell'indennizzo, considerato il costante orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Del. nn. 32/12/CIR, 97/12/CIR, 101/12/CIR), ai sensi dell'art.11, comma 1 e 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che né Fastweb né BT hanno risposto ai reclami, tutti agli atti del procedimento, detratto il tempo utile alla risposta 30 giorni ex Carta Servizi Fastweb e 45 giorni ex Delibera 179/03/CSP), va riconosciuto all'utente un indennizzo pari ad € 300,00 per la mancata risposta ai reclami, a carico di ciascun gestore, e così complessivamente € 600,00.

3. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *“del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”*.

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, nonché del mancato deposito, da parte di BT, dei documenti richiesti con la nota di avvio del procedimento, dell'offerta conciliativa di entrambi i gestori, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 200,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione da porsi a carico di entrambi i gestori al 50% ciascuno.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda proposta da PTM IMMOBILIARE [REDACTED] sia da accogliere nei limiti di cui in motivazione;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 200,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata da PTM IMMOBILIARE [REDACTED] in data 20.12.2011.

La società FASTWEB [REDACTED] è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- i. € 5.400,00= (cinquemilaquattrocento/00=) per la mancata portabilità dell'utenza 06.[REDACTED], oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- ii. € 300,00= (trecento/00=) per mancata risposta ai reclami, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- iii. € 100,00= (cento/00) a titolo di spese di procedura.

La società BT ITALIA [REDACTED] è tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

- iv. € 560,65= (cinquecentosessanta/65=) a titolo di rimborso, oltre interessi legali a decorrere dalla data del pagamento;
- v. € 300,00 per mancata risposta ai reclami, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- vi. € 100,00= (cento/00) a titolo di spese di procedura.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La 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.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 20 maggio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Livio Sviben

Fto