DELIBERA N. 63/13/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
■■■■ CARLETTI / FASTWEB ■■■■
IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 29.7.2013;

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 CoXXXenzione 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 02.03.2012, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/124/2012, con cui il sig. ■■■■ Carletti (di seguito, per brevità, sig. Carletti) ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Fastweb ■■■■ (di seguito, per brevità, Fastweb);

VISTA la nota del 23.03.2012 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, iXXXitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie ed iXXXitando, ai soli fini istruttori, l'operatore Vodafone Omnitel [REDACTED] (di seguito, per brevità, Vodafone) a produrre memoria illustrativa e documentazione;

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

VISTA la nota con cui Vodafone ha presentato la memoria istruttoria ed i documenti;

UDITE le parti all'udienza del 22.10.2012;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione per mancata adesione di Fastweb, ha introdotto il presente contenzioso lamentando quanto segue:

- nel mese di giugno 2011 sottoscriveva contratto con Vodafone (recipient) per i servizi voce e adsl, con contestuale richiesta di migrazione dell'accesso di rete e della relativa numerazione (0761.[REDACTED]) già attiva con Fastweb (donating);
- il 28.6.2011 Vodafone attivava il servizio con la numerazione provvisoria 0761.[REDACTED];
- nel mese di novembre 2011 riceveva una comunicazione con cui Vodafone lo informava di non poter attivare i servizi richiesti sulla numerazione 0761.[REDACTED] a causa di problemi tecnici loro non imputabili e che pertanto il contratto doveva ritenersi risolto;
- l'utente chiedeva quindi il rientro in Telecom che, alla data di deposito dell'istanza di definizione (2.3.2012), non era ancora stato effettuato.

L'utente chiedeva pertanto a Fastweb la corresponsione dei seguenti indennizzi:

- 1) Per la mancata portabilità del numero, ex art. 6 comma 1 Delibera 73/11/CONS, dal 3.6.2011 e fino al rientro in Telecom;
 - 2) Per la mancata fruizione del servizio, ex Delibera 73/11/CONS, dal 16.10.2011 (giorno della disattivazione del numero provvisorio Vodafone) fino al rientro in Telecom;
 - 3) Per la mancata risposta al reclamo del 31.12.2011, ex Delibera 73/11/CONS;
- oltre alle spese di procedura quantificate in € 200,00.

1.b. Fastweb depositava memoria difensiva e documenti con cui deduceva:

- il 19.6.2010, a seguito di contratto Tutto Fastweb Decennium sottoscritto con l'utente il 21.5.2010, attivava il servizio a seguito di migrazione da TeleTu dell'accesso di rete e della relativa numerazione 0761.[REDACTED] ad esso associata;
- il 10.6.2011 Vodafone avviava procedura di migrazione, che Fastweb processava regolarmente in Fase 2 "*senza opporre alcun ostacolo alla migrazione*"; la Fase 3 veniva avviata il 23.6.2011, ma annullata (notifica 22.7.2011) con la motivazione "*impossibile individuare l'impianto da migrare*";

- il 12.10.2011 Vodafone avviava nuova richiesta di migrazione, che Fastweb processava regolarmente in Fase 2 “*senza opporre alcun ostacolo alla migrazione*”; la Fase 3 non veniva avviata, con conseguente annullamento della procedura;
- pertanto, la mancata migrazione dell'accesso di rete e della relativa numerazione verso Vodafone non erano in alcun modo imputabili a Fastweb che, per entrambe le procedure di migrazione avviate dal recipient, aveva positivamente processato la Fase 2;
- la mancata erogazione del servizio lamentata dall'utente con reclamo 31.12.2011, era imputabile allo stesso utente che, come dichiarato in sede di reclamo, aveva staccato l'apparato Fastweb restituendolo all'operatore presso un centro autorizzato, impedendo così la corretta erogazione del servizio;
- l'utenza 0761.█████ oggetto della richiesta di portabilità, non poteva essere da Fastweb restituita a Telecom, poiché “*entrata nella disponibilità di Fastweb attraverso migrazione da TeleTu*”;
- il contratto con Fastweb era stato risolto per inadempimento dell'utente, moroso nel pagamento di fatture a far data dal 14.6.2011 per complessivi € 465,93;
- a titolo conciliativo, Fastweb proponeva lo storno dell'insoluto, con emissione di nota di credito e ritiro della pratica di recupero crediti in esenzione spese.

Fastweb concludeva pertanto per il rigetto delle domande proposte dall'utente con l'istanza di definizione.

1.c. Con memoria istruttoria ex art. 18, comma 1, Delibera 173/07/CONS tempestivamente depositata, Vodafone deduceva:

- il 3.6.2011 l'utente sottoscriveva contratto avente ad oggetto l'attivazione dei servizi voce e adsl con contestuale richiesta di migrazione dell'accesso di rete e della relativa numerazione (0761.█████) già attiva con Fastweb;
- il 10.6.2011 avviava la procedura di migrazione; “*inizialmente la richiesta è stata espletata da Telecom; il processo però si è bloccato nella fase dell'accettazione da parte di Fastweb secondo le schermate di annullamento di seguito riportate*”.

1.d. All'udienza di discussione ex art. 16 Regolamento di cui alla Delibera 173/07/CONS entrambe le parti si riportavano alle proprie richieste e difese; 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 nei confronti di Tiscali soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

B. Nel merito.

Si controverte della mancata migrazione in Vodafone (recipient) dell'accesso di rete e della relativa numerazione (0761.█████) già attiva con Fastweb (donating); dell'interruzione del servizio

relativo al numero provvisorio Vodafone (0761. [REDACTED]); della mancata risposta al reclamo del 31.12.2011.

b.1. Sulla mancata migrazione.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere alla valutazione di merito della condotta tenuta da Fastweb, una sintetica descrizione del complesso quadro normativo e regolamentare in materia di migrazione della telefonia fissa, evidenziandone gli aspetti di maggior rilievo ai fini che qui interessano.

La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante “*conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*”, ha riconosciuto all’utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell’operatore. In particolare, assume rilevanza al riguardo il disposto dell’articolo 1, comma 3, della predetta legge, secondo cui “[i] *contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell’operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni*”.

A seguito di tale normativa, si è sviluppata un’ampia attività regolamentare da parte dell’AGCOM, in cui assumono rilievo la Delibera n. 274/07/CONS, il cui art. 18 bis definisce le modalità di migrazione di un cliente tra operatori (da OLO ad altro OLO, o da OLO a Telecom Italia); la Delibera n. 41/09/CIR (che modifica le procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS); la Delibera n. 52/09/CIR (Modalità di implementazione del codice segreto nell’ambito delle procedure di migrazione).

In particolare, la complessa normativa testè citata suddivide la migrazione in 3 Fasi, nell’ambito di ciascuna delle quali sono dettagliatamente indicati gli adempimenti che devono essere assolti dagli operatori coinvolti (definiti “Donating”, cioè l’operatore presso il quale è attiva l’utenza da migrare; e “Recipient”, cioè l’operatore verso il quale l’utente intende migrare).

In particolare, nella Fase 1 l’utente aderisce ad una offerta commerciale del *Recipient* e gli comunica il proprio codice di migrazione, precedentemente fornitogli dal *Donating*. Nella Fase 2 il *Recipient* trasmette la richiesta di passaggio al *Donating* e quest’ultimo procede alle verifiche (formali e tecniche), fornendo l’esito delle stesse al *Recipient* entro 5 giorni lavorativi, trascorsi inutilmente i quali si applica comunque il silenzio assenso; nei casi specificati dalla normativa, il *Donating* può inviare, entro lo stesso termine di 5 giorni, un KO. Nella Fase 3 il *Recipient*, ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del *Donating*, processa la migrazione entro la DAC (data attesa consegna) precedentemente concordata con il cliente; nei casi specificati dalla normativa può inviare un KO (impossibilità tecnica a fornire il servizio: ad es. per irreperibilità cliente, o problemi di rete), concordando, in tal caso, una nuova DAC (rimodulazione).

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.

Venendo al caso che ci occupa ed esaminando la documentazione prodotta da Fastweb (schermate Eureka, sistema di dialogo certificato tra operatori) e da Vodafone (schermata SPP Ologateway System – Provisioning dei servizi di migrazione Olo2Olo) si evince che la portabilità dell'utenza fissa 0761. [REDACTED] oggetto del contratto del 3.6.2011 è stata processata da Vodafone per due volte:

- una prima volta (codice sessione 20110610FFN00248) in data 10.6.2011, validata da Fastweb in Fase 2 il 13.6.2011; il successivo 23.6.2011 Vodafone avviava la Fase 3 che si concludeva con un KO con causale *“impossibile individuare l'impianto da migrare”* (data notifica del KO: 22.7.2011);
- una seconda volta (codice sessione 20111012FFN00331) in data 12.10.2011, validata da Fastweb in Fase 2 il 13.10.2011 ed annullata dal recipient Vodafone (si veda la relativa schermata Eureka) il 19.10.2011; conseguentemente il processo di migrazione veniva interrotto e la Fase 3 non veniva mai avviata.

Vodafone ha prodotto la sola schermata relativa alla prima richiesta di migrazione con codice sessione 20110610FFN00248, da cui risulta – nella sezione *“Elenco richieste associate”* lo *“stato richiesta: annullata”*; nella sezione *“Elenco risposte associate”* risulta che Vodafone ha ricevuto da Fastweb la notifica delle verifiche formali in data 13.6.2011, e la notifica di validazione il 15.6.2011.

La mancata migrazione dell'utenza da Fastweb verso Vodafone non è pertanto imputabile a Fastweb, che ha correttamente e tempestivamente processato, per entrambe le richieste di migrazione, la Fase 2 di propria competenza, e l'ulteriore esame delle cause che hanno portato

all'annullamento o comunque al fallimento della relativa procedura non sono ulteriormente sindacabili in questo procedimento, nel quale Vodafone è stata chiamata a partecipare a soli fini istruttori.

Deve pertanto essere rigettata la domanda dell'utente volta ad ottenere da Fastweb il pagamento di un indennizzo per la mancata portabilità dell'utenza.

b.2. Sull'interruzione del servizio.

L'utente ha chiesto la condanna di Fastweb al pagamento dell'indennizzo per la *"mancata fruizione del servizio dal 16.10.2011 (giorno della disattivazione del numero provvisorio Vodafone) fino al giorno dell'eventuale rientro in Telecom"*.

La disattivazione del numero provvisorio assegnato all'utente (0761. [REDACTED]) non è evidentemente imputabile a Fastweb posto che il predetto numero provvisorio è stato assegnato all'utente da Vodafone; Fastweb, pertanto, non aveva alcun potere di intervento sulla predetta numerazione.

Anche tale domanda deve pertanto essere rigettata.

b.3. Sulla mancata risposta al reclamo del 31.12.2011.

L'utente ha prodotto copia del reclamo del 31.12.2011 con il quale, contestando la richiesta di pagamento di fatture insolute e contestuale comunicazione di risoluzione del contratto ex art. 1456 c.c. in caso di perdurante inadempimento inviata da Fastweb il 19.12.2011, lamentava di essere migrato in Vodafone dal mese di giugno 2011 e di avere restituito tutti gli apparati Fastweb; di non avere pertanto più fruito dei relativi servizi Fastweb, avvalendosi di quelli Vodafone (per quanto su numerazione provvisoria); alcuni giorni prima della migrazione, i servizi Fastweb avevano cessato di funzionare e l'operatore del call center cui l'utente si era rivolto aveva risposto che avendo cambiato operatore non poteva più fruire dell'assistenza Fastweb; nel mese di novembre riceveva la comunicazione di Vodafone di risoluzione del contratto; medio tempore aveva però ricevuto fatture da entrambi i gestori, anche se Vodafone gliel'aveva successivamente rimborsate. L'utente concludeva il reclamo chiedendo lo storno delle fatture insolute e la "restituzione" del numero 0761. [REDACTED] mai migrato in Vodafone.

L'utente ha lamentato la mancata risposta di Fastweb al predetto reclamo, chiedendo il pagamento del relativo indennizzo previsto dalla Delibera 73/11/CONS; nulla ha dedotto Fastweb sul punto.

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 ex art. 4.11 Carta Servizi) e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. La mancata risposta al reclamo, da cui è derivata per l'utente una *manca di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", 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.

L'utente ha pertanto diritto al pagamento di un indennizzo per la mancata risposta al reclamo, per la cui determinazione, 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, e che le parti non hanno potuto interloquire sullo specifico caso all'udienza di conciliazione, alla quale Fastweb non ha aderito, dovendosi pertanto prendere a riferimento per il dies ad quem la data di presentazione dell'istanza di definizione (2.3.2012), detratto il tempo utile alla risposta (30 giorni), va riconosciuto all'utente l'indennizzo richiesto di € 32,00 per la mancata risposta al reclamo.

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, del grado di partecipazione di entrambe, della mancata adesione di Fastweb al procedimento di conciliazione, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda del sig. ■■■ Carletti 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 100,00, 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 dal sig. ■■■ Carletti in data 2 Marzo 2012.

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

i. € 32,00= (trentadue/00=) per la mancata risposta al reclamo, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;

ii. € 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, 29 luglio 2013

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Livio Sviben

Fto