DELIBERAZIONE
n. 33 del 5 giugno 2018

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA: XXX /Fastweb XXX**

Presenti:

ENZO BROGI	*Presidente*
CHETI CAFISSI	*Vice Presidente*
ALBERTO LAPENNA	*Componente*
ELETTRA PINZANI	*Componente*
MASSIMO SANDRELLI	*Componente*

Assenti:

Presiede: **Enzo Brogi**

Segretario: **Cinzia Guerrini** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricato della redazione del presente atto*

DELIBERAZIONE
n. 33 del 5 giugno 2018

Il COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

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'art. 1, comma 6, lettera a), n. 14 e comma 13;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 200, n. 10);

VISTO l'"*Accordo quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai comitati regionali per le comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome*", sottoscritto in data 28 novembre 2017;

VISTA la "*Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni ai Comitati Regionali per le Comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 gennaio 2018*", e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTA la Delibera Agcom n. 179/03/CSP "*Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249*" e successive modifiche e integrazioni;

VISTA la Delibera Agcom n. 173/07/CONS, All. A "*Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni*;

VISTA Delibera Agcom n. 274/07/CONS "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso" e successive modifiche ed integrazione;

VISTA Delibera Agcom n. 41/09/CIR "Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa";

VISTA la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori*";

VISTA la Delibera Agcom n. 276/13/CONS "*Approvazione delle Linee Guida relative all'attribuzione delle deleghe ai CoReCom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*";

VISTE le istanze GU14 n. 77 e GU14 n. 78 del giorno 19 febbraio 2016, con le quali il Sig. XXX chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere, rispettivamente, con le società Fastweb XXX (di seguito, per brevità, Fastweb) e Active Network XXX (di seguito, per brevità, Active Network) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A (di seguito il "Regolamento");

VISTE le note del 19 febbraio 2016 con cui questo Ufficio comunicava alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio dei procedimenti finalizzati alla definizione delle deferite controversie e, con successiva nota del 29 aprile 2016, le invitava a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 11 maggio 2016;

VISTA la medesima nota di convocazione del 19 febbraio 2016, con la quale, stante l'omogeneità dell'oggetto della controversia, il Corecom disponeva la riunione dei due procedimenti, ai sensi del comma 4 dell'art. 18 del Regolamento;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

L'istante lamenta l'interruzione totale dei servizi nelle more del passaggio da Active Network a Fastweb delle utenze *business* n. 0578 226XXX, n. 0578 850XXX e n. 0578 850XXX, nonché il ritardo nell'espletamento della procedura di migrazione.

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- in data 20 aprile 2015, sottoscriveva con l'operatore Fastweb tre contratti di abbonamento "*Offerta Partita Iva*", che prevedevano il passaggio delle proprie utenze *business* dall'operatore Active Network;

- non riceveva alcuna comunicazione da Fastweb, "*nonostante che fosse ampiamente decorso il termine per il cambio di operatore telefonico*", né informazioni "*circa le difficoltà o il ritardo nell'attivazione dei servizi richiesti*";

- in data 3 luglio 2015 "*improvvisamente le utenze telefoniche così come la connessione ad internet cessavano di funzionare*";

- in data 7 luglio 2015 riceveva una e-mail dall'agente incaricata, la quale inoltrava all'utente la comunicazione ricevuta dall'operatore Fastweb (fastweb@fastweb.it) *"di aggiornamento circa l'attivazione delle due linee";*

- riceveva da Fastweb la fattura n. 497942 del 14 luglio 2015 (in relazione al periodo 15 maggio – 14 luglio 2015) dell'importo pari ad euro 69,24, riferita al numero 0578 075XXX;

- inviava alla società Fastweb, a mezzo raccomandata A/R (spedita in data 9 luglio 2015 e ricevuta da Fastweb in data 13 luglio 2015), la disdetta datata 8 luglio 2015, dai contratti stipulati con detto operatore;

- i servizi venivano ripristinati ai primi di agosto del 2015.

In data 9 dicembre 2015 la parte istante esperiva nei confronti degli operatori Fastweb e Active Network tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso per mancata comparizione con Active e di mancato accordo con l'operatore Fastweb.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto:

Nei confronti dell'operatore Active Network:

i) "*l'indennizzo ed il risarcimento di tutti i danni subìti dall'azienda per il mancato funzionamento delle linee telefoniche ed internet per un mese*";

Nei confronti dell'operatore Fastweb:

ii) "*l'indennizzo oltre al risarcimento dei danni subìti dall'azienda per il mancato funzionamento delle tre linee telefoniche e internet per un mese e l'annullamento delle fatture emesse per i servizi mai resi";*

iii) *"il rimborso della fattura n. 4979742 emessa il 14 luglio 2015 dell'importo di € 69,24*".

In data 14 marzo 2016 l'istante, per il tramite dell'Avv. XXX, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16 comma 2 del Regolamento, una memoria con la quale ribadiva la propria posizione, precisando, tra l'altro, che l'istante, "*nella qualità dell'agenzia XXX, in data 20.04.205 sottoscriveva con Fastweb tre contratti di abbonamento "Offerta Partita Iva" relativamente alle utenze telefoniche aziendali 0578 226XXX, 0578 850XXX e 0578 850XXX con contestuale consenso alla migrazione della linea da altro operatore Active Network e della portabilità dei numeri, fornendo al momento della sottoscrizione tutti i dati necessari. Nonostante fossero ampiamente decorsi i termini previsti per l'adempimento contrattuale, senza ricevere alcuna comunicazione circa difficoltà e/o il ritardo nell'attivazione dei servizi richiesti, improvvisamente in data 03.07.2015 tutte le utenze telefoniche e la connessione ad internet erano prive di linea sino ai primi giorni del mese di agosto 2015 a seguito dell'intervento della Telecom necessario per non perdere la portabilità dei numeri telefonici.*
Pertanto la Fastweb, da un lato, non ha attivato correttemente la procedura prevista per il passagio da un operatore ad un altro arrecando gravi disservizi all'utente, dall'altro la Active Network che non ha garantito il servizio fino alla data effettiva dell'inizio delle comunicazioni con altro operatore. E' da ritenersi pacifico che in ordine al cambiamento di operatore all'utente devono essere garantite tutte quelle tutele volte a ridurre al minimo i disservizi, nonché la libertà di cambiare operatore". L'istante ha, infine, evidenziato che "*gli operatori non informavano adeguamente l'utente delle difficoltà incontrate nella procedura di migrazione, del resto l'utente non è stato in grado di comprendere, in modo chiaro, esatto e completo né veniva comunicata la data prevista per la migrazione*".

2. La posizione degli operatori.

La società Active Network, in data 4 marzo 2016, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, nella quale ha dedotto che "*in data 07/07/2015 l'adsl in Via Gorizia 7 Chiusi è stata cessata per migrazione verso altro operatore il quale ha preso in carico la linea e l'avrebbe dovuta far funzionare. L'ultima fattura Active Network inviata al Cliente relativa a questo servizio è infatti la ft 33354/2015 il cui periodo di competenza termina proprio con il 7*

luglio 2015. A partire da quella data il nuovo operatore si è fatto carico dell'adsl del Cliente e l'avrebbe dovuta far funzionare e Active Network non poteva più avere alcun coinvolgimento con il suo funzionamento. Il problema delle linee telefoniche, lamentato dal Cliente, è legato sempre a questa migrazione, cioè, essendo dei numeri voip, nel momento in cui l'adsl non ha più funzionato (dopo la migrazione ad altro OLO) le numerazioni sono rimaste isolate. Active Network ha recuperato la situazione riabilitando le numerazioni su altro contratto stipulato dal cliente per la stessa sede". La società Active Network ha, infine, precisato che "*non può ritenersi responsabile di un disservizio per una linea sulla quale non poteva più operare e si è adoperata per cercare di limitare i danni per il Cliente riabilitando i numeri telefonici*".

In data 21 marzo 2016 la società Fastweb ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16, comma 2 del Regolamento, una memoria difensiva, con documentazione in allegato, nella quale, preliminarmente ha contestato la fondatezza delle doglianze introdotte per i motivi che seguono:
"1. In data 20.04.2015 l'istante ha aderito a n. 3 Proposte di Abbonamento Fastweb XXX;
2. In particolare sono state sottoscritte le seguenti Proposte:
- Sede Via Gorizia del Comune di Chiusi (SI), con richiesta di NP del DN 0578.226XXX (doc. l), associato all'account n. 6827641;
- Sede Via Oslavia del predetto Comune, con richiesta di NP dei DN 0578.850XXX e 0578.850XXX (doc. 2), associati all'account n. 68226 16;
- Sede Via Stradone del Comune di Città della Pieve, con richiesta di attivazione nuova linea (doc. 3), associato all'account n. 6830143;
3. Si evidenzia che l'art. 5.1 della "Carta dei Servizi", nonché l'art. 4.1 delle "Condizioni Generali di Contratto", a cui si rimanda (doc. 4), prevedono la possibilità per Fastweb XXX di provvedere all'attivazione dei propri servizi entro il termine di 60 giorni convenzionati tra le parti;
4. Ciò premesso, venendo alle censure introdotte dall'istante nella controversia che ci occupa si evidenzia che, a differenza di quanto sostenuto, Fastweb XXX ha correttamente dato impulso alla necessaria procedura per l'attivazione dei propri servizi, così adempiendo correttamente le proprie obbligazioni;
5. Anzitutto, rispetto alla data di stipula, si rileva che ai sensi di cui all'art. 1 delle citate Condizioni" "Il Cliente richiederà i Servizi consegnando o inviando la Proposta a FASTWEB tramite i canali preposti oppure con registrazione vocale della conversazione telefonica";
6. Nel caso che ci occupa, l'istante non fornisce alcuna prova circa l'invio delle Proposte di abbonamento in data antecedente, né è riportato nei relativi documenti l'indicazione di un eventuale funzionario di vendita a cui è stata consegnata;
7. Sul punto, si evidenzia in ipotesi di consegna all'agente il medesimo certamente verifica la compilazione del campo a lui riservato e dalla cui compilazione deriva l'erogazione della relativa provvigione;
8. Ciò precisato, si rileva che in data 12.06.2015 è stato dato impulso alla procedura di migrazione relativa alle risorse associate all'account n. 6822616, bocciata con indicazione di causale di scarto "Codice di migrazione errato", così come richiesta di migrazione del 29.06.2015;
9. La veridicità delle narrate circostanze è comprovata dai dati registrati dal software Eureka (doc. 5);
10. Si rileva che, a differenza di quanto rappresentato dall'istante, Fastweb XXX ha fornito corrette informazioni. Infatti, già in sede di verifica della fattibilità tecnica di attivazione, in particolare in data 28.04.2015, è stato richiesto il codice di migrazione corretto. Successivamente, al fine di verificare la correttezza dal codice predetto, il cliente è stato invitato ad inviare copia dell'ultima fattura (doc. 6) ed il cliente ha comunicato che avrebbe provveduto a fornire il codice di migrazione corretto (cfr. doc. 6 - pag. 3);
11. Tuttavia, con comunicazione del 08.07.2015, l'istante ha esercitato diritto di recesso (doc. 7);

12. Le risorse associate all'account in esame non sono mai migrate, dunque, nella gestione della scrivente;
13. Ne deriva l'ovvia conseguenza che alcuno degli asseriti disagi possono essere stati eventualmente cagionati da Fastweb XXX;
14. Per quanto riguarda l'account n. 6827641, una prima richiesta di migrazione del 01.06.2015 è stata bocciata con indicazione di causale di scarto atipica "Migrazione richiesta su impianto con servizi incompatibili";
15. Altra richiesta del 24.06.20 15 è stata correttamente espletata in data 03.07.201 5;
16. La veridicità di tali circostanze emerge dai dati registrati dal software Eureka (doc. 8);
17. Si evidenzia che anche in tale caso l'istante è stato invitato a fornire copia dell'ultima fattura emessa dal precedente gestore al fine di verificare il codice di migrazione corretto (doc. 9) poi comunicato consentendo a Fastweb XXX l'adempimento delle ulteriori fasi (doc. 10);
18. Corre l'obbligo di precisare quanto stabilito ex art. 6 delle citate "Condizioni": "Il Cliente prende atto che, nei casi previsti dalle delibere AGCOM n. 274/07/CONS, 35/1 0/CONS e 52/09/CONS, l'attivazione del servizio di SPP potrà avvenire solo ed esclusivamente in seguito alla comunicazione da parte del Cliente stesso del Codice di Trasferimento. Il Cliente prende atto che per l'attivazione del servizio di SPP è necessaria la collaborazione del1'operatore di provenienza e/o di altri operatori terzi di telefonia assegnatari della numerazione telefonica originaria o della risorsa fisica";
19. Per quanto riguarda l'account n. 6830143, ì: stato attivato in data 07.05.2015 (doc. Il), a cui è seguita la fatturazione di cui l'istante lamenta la ricezione immotivatamente;
20. Si precisa che il recesso del 08.07.2015 è stato esercitato in relazione a tutti e tre i contratti (cfr. doc. 7);
21. Mentre per i primi due account alcuna fatturazione è stata emessa in ragione della circostanza che i relativi DN non sono migrati mai nella gestione Fastweb XXX, l'account n. 6830143 risulta essere stato correttamente attivato ed i legittimi corrispettivi, inclusi i costi dismissione e di attivazione per recesso anticipato, non risultano essere stati corrisposti. Conseguentemente, l'istante per tale account ha maturato un insoluto pari ad € 282,57, in relazione al quale Fastweb XXX si riserva di agire in autonomo procedimento;
22. Quanto al recesso, si rimanda alla disciplina dettata dall'art. 16 delle "Condizioni Generali di Contratto";
23. Per quanto attiene i disservizi asseritamente patiti nel godimento dei servizi attivi sui DN 0578.226XXX, 0578.850XXX e 0578.850XXX, nonché sul servizio dati, si ribadisce che tali doglianze, ove comprovate, non potranno essere ricondotte nell'alveo di responsabilità della scrivente dal momento che le risorse citate non sono mai entrate nella gestione Fastweb XXX e, pertanto, alcun disservizio la medesima ha potuto causare;
24. Infine, si precisa che l'istante è stato sempre correttamente informato ed è stato fornito adeguato riscontro al reclamo (doc. 12)".

3. La replica dell'utente.

In data 24 marzo 2016 l'istante, per il tramite dell'Avv. XXX, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16 comma 2 del Regolamento, una replica, con documentazione in allegato, con la quale ha dedotto che *"la ricostruzione dei fatti come proposta dalla Fastweb non corrisponde a realtà, limitandosi ad addossare illegittimamente la responsabilità all'odierno istante. In primo luogo, sempre secondo la Fastweb non vi sarebbe stato, da parte di XXX, l'invio della proposta di abbonamento tramite i canali preposti stante l'assenza di un funzionario alla vendita a cui risulta la stessa consegnata. Dalla documentazione allegata dalla Fastweb alla memoria, invero si evince che il funzionario alla vendita si chiama "XXX" il cui nominativo è riportato nei contratti (in alto a destra), e*

specificatamente XXX, diversamente non si comprenderebbe come a distanza di pochi giorni dalla sottoscrizione del contratto ovvero il 28.04.2015 la Fastweb prendeva contatti con l'odierno istante per chiedere il codice di migrazione corretto, quando il codice in suo possesso era già stato indicato nei contratti. Inoltre non si comprende chi e perché soltanto in data 12.06.2015 avrebbe dato impulso alla procedura di migrazione. All'odierno istante, con la sottoscrizione del contratto con il nuovo operatore e dopo aver riportato nel contratto (V. contratti sottoscritti) i1 codice migrazione in suo possesso. non può essere attribuita alcuna responsabilità dell'interruzione del servizio. invero era compito e responsabilità della Fastweb predisporre tutte le attività necessarie per procedere alla portabilità dei numeri la cui procedura e tempistica è regolamentata dalla delibera della AGCOM n. 274/07 e successive integrazioni (….)". L'istante ha evidenziato che, sulla base della normativa di settore, *"al cliente compete esclusivamente comunicare la richiesta di attivazione all'operatore recipient, che nel caso concreto è avvenuta mediante la sottoscrizione di contratti per il tramite di un funzionario di vendita, indicando semplicemente il nominativo dell'operatore donating. Tutte le successive fasi riguardano i due operatori telefonici in questione. Di fatto senza alcuna comunicazione, in data 03.07.2015 tutte le utenze telefoniche e la connessione ad internet dell'impresa erano rimaste prive di linea, pertanto è pacifico che la Fastweb ha omesso di somministrare il servizio pattuito ed ha anche provocato l'interruzione dell'erogazione del servizio da parte dell'operatore precedente attraverso la richiesta di portabilità del l'utenza. Del resto l'operatore che da avvio alla migrazione, qualora riscontra dei problemi "tecnici" non può limitarsi ad invocare la responsabilità di un terzo operatore, ma bensì deve rimuovere l'ostacolo. A seguito della interruzione del servizio XXX contattava ripetutamente l'agente rivenditore per avere delucidazioni di quanto accaduto e soltanto in data 07.07.2015 riceveva per mail, da parte del funzionario di vendita, aggiornamenti in merito alla mancata attivazione del servizio (…). In particolare la Fastweb inizialmente declinava ogni responsabilità alla Active Network, poi successivamente, in considerazione della sua infondatezza, con le odierne memorie imputa infondatamente la responsabilità di quanto accaduto esclusivamente a Casodi Maurizio, ovvero in via subordinata ravviserebbe un concorso di colpa. Fermo restando che all'odierno istante non può essere attribuita alcuna responsabilità per le ragioni sopra esposte, dalla ricostruzione dei fatti, comprovati anche dalla documentazione prodotta da Fastweb, emerge che non vi è stata tra gli operatori in questione alcuna attività di sincronizzazione volta ad evitare l'interruzione del servizio, interruzione che ha costretto XXX a recedere dal contratto (…) ed il tutto doveva essere effettuato in tempi celeri per non perdere la portabilità dei numeri telefonici".*

4. La replica dell'operatore Fastweb.

In data 31 marzo 2016 l'operatore Fastweb, ha fatto pervenire, ai sensi e nei termini di cui all'art. 16 comma 2 del Regolamento, una replica, con documentazione in allegato, con la quale ha ribadito che:
"1. La documentazione versata in atti dimostra con cristallina evidenza che Fastweb XXX ha correttamente adempiuto le proprie obbligazioni;
2. Quanto alle numerazioni 0578.850XXX e 0578.850XXX, si ribadisce che tali DN non sono mai migrati nella gestione della scrivente. Ne deriva che alcuno dei disservizi asseriti è stato causato da Fastweb XXX;
3. Quanto alla risorsa n. 0578.226XXX, una prima richiesta di migrazione del 01.06.2015 è stata bocciata con indicazione di causale di scarto atipica "Migrazione richiesta su impianto con servizi incompatibili";
4. Altra richiesta del 24.06.2015 è stata correttamente espletata in data 03.07.2015;
5. Altra richiesta del 24.06.2015 è stata correttamente espletata in data 03.07.201 5;
6. Si rileva che la documentazione allegata dall'istante comprova che Fastweb XXX ha cercato di mettersi in contatto con l'istante al fine di provvedere alla definitiva attivazione dei servizi;

7. Tuttavia, ciò non è stato possibile per cause non riconducibili a Fastweb XXX ed idonee ad integrare la disciplina di cui all'art. 1227 C.C.;
8. Successivamente, si evidenzia che in data 08.07.2015, l'istante ha esercitato diritto di recesso, con ciò impedendo l'attivazione dei servizi e rinunciandovi;
9. Infine, per quanto riguarda l'account n. 6830143, è stato attivato in data 07.05.2015, a cui è seguita la fatturazione di cui l'istante lamenta la ricezione immotivatamente;
10. Sul punto, ad integrazione della documentazione già versata, si allega rapporto di attivazione del giorno 08.05.2015, da cui è possibile evincere il numero nativo Fastweb XXX, nonché la dichiarazione dell'istante che "..prende atto e riconosce che il servizio è stato correttamente attivato a norma delle condizioni e nel rispetto dei livelli di qualità concordati" (all. 1)".

5. La richiesta istruttoria integrativa all'operatore Telecom Italia (Wholesale).

L'Ufficio, sulla base degli atti e delle dichiarazioni rese dalle parti, ha chiesto integrazione istruttoria ai sensi dell'art. 18 del Regolamento a Telecom Italia XXX (Wholesale) *"di indicare i passaggi tra operatori intervenuti nel periodo marzo - settembre 2015 sulle utenze nn. 0578 226XXX, 0578 850XXX e 0578 850XXX intestate a Casodi XXX, allegando le schermate "Pitagora" e/o schermate estratte dal sistema di "Customer Relationship Management" ("CRM"), il relativo tracciato record in formato .xml di tutte le fasi delle migrazioni e/o altra documentazione utile".*

Nei termini concessi Telecom Italia XXX (Wholesale) ha rappresentato che, dal sistema Pitagora, risulta quanto segue:

"In CRM 2.0-ADSL
Ordine di MIGRAZIONE BTS NAKED + NP SU BTS CONDIVISO FASTWEB
Data_ricezione_ordine 24/06/2015
Data_attesa_consegna 03/07/2015
Data_espletamento 03/07/2015
notificato in data 04/07/2015 nel file 583~04072015~00~xDSL~BTS.xml, in allegato
(…)
In CRM 3.0
Ordine di ATTIVAZIONE DI NPG SU XDSL FASTWEB - AutoGenerato
Data_ricezione_ordine 22/06/2015
Data_attesa_consegna 03/07/2015
Data_espletamento 03/07/2015
(…). I dn 0578 850XXX e 0578 850XXX sono nativi OLO Welcome Italia XXX. e per i nativi OLO non ci sono richieste in WS".

6. Motivazione della decisione.

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

Preliminarmente deve precisarsi che:

- le richieste *sub i)* rivolte dall'istante nei confronti dell'operatore Active Network non possono formare oggetto di pronuncia, per effetto della rinuncia al procedimento, nei confronti di detto gestore, formalizzata dall'istante con comunicazione del 26 marzo 2018, a seguito di accordo transattivo;

- la richiesta *sub iii)* volta ad ottenere il rimborso della fattura n. 4979742 del 14 luglio 2015 dell'importo di euro 69,24 (in relazione al periodo 15 maggio 2015 – 14 luglio 2015), non può essere presa in esame in quanto detta fattura è riferita alla linea n. 0578 075XXX, utenza che non è oggetto della controversia;

- con riferimento alla domanda della parte istante *sub ii)*, si rileva che, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Ciò premesso, la richiesta di risarcimento del danno contenuta nella sopra riportata domanda risulterebbe inammissibile. Esclusa pertanto ogni pronuncia risarcitoria, la domanda *de qua* dovrà essere, in questa sede, correttamente interpretata, in base al criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione amministrativa, quale richiesta di condanna del gestore al pagamento di un indennizzo in relazione agli inadempimenti che venissero accertati.

Ciò premesso, occorre valutare se, in base alla normativa di settore, alle Condizioni generali di contratto e alla Carta dei servizi dell'operatore, vi sia stato da parte dell'operatore Fastweb un inadempimento contrattuale in relazione al lamentato ritardo nell'attivazione dei servizi e sull'interruzione degli stessi nelle more del passaggio da Active Network e Fastweb.

Sul ritardo nell'attivazione dei servizi sulle utenze *de quibus* nelle more del passaggio fra operatori

La parte istante ha dedotto il ritardo nell'attivazione dei servizi da parte di Fastweb, laddove quest'ultimo ha sostenuto di aver dato prontamente impulso alla migrazione in data 12 giugno 2015, a seguito della ricezione del contratto.

La doglianza dell'istante è accoglibile nei termini di seguito esposti.

Ai fini di una migliore comprensione della fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere una sintetica descrizione del complesso quadro normativo 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, 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. A tal riguardo, si segnala 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 valle di tale normativa, l'Agcom ha adottato la delibera n. 274/07/CONS recante "*Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*", la Delibera Agcom n. 41/09/CIR recante "*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa*" e la Delibera Agcom 52/09/CIR recante "*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla Delibera Agcom n. 274/07/CONS ai fini della implementazione del codice segreto*".

Alla luce di tale quadro normativo è possibile schematizzare la complessa procedura di migrazione in tre fasi. Nella fase 1, in particolare, l'utente aderisce ad un'offerta commerciale di un operatore commerciale diverso (c.d. operatore *recipient*) da quello presso il quale è l'utenza da migrare (c.d.

operatore *donating*). Nella fase 2, l'operatore *recipient* trasmette la richiesta di passaggio all'operatore *donating* e quest'ultimo procede alle verifiche formali e tecniche previste dalla normativa di settore, fornendo l'esito delle stesse ("OK" o "KO") entro 5 giorni lavorativi, trascorsi inutilmente i quali si applica il silenzio assenso. Nella fase 3, l'operatore *recipient*, ricevuto il riscontro positivo o comunque in applicazione del silenzio assenso, processa la migrazione entro la DAC (data di attesa consegna) precedentemente concordata con il cliente. In tal modo viene avviato il *provisionig* tecnico da parte dell'operatore di rete.

Nel caso di specie, attesa la sottoscrizione dei contratti in data 20 aprile 2015, l'operatore Fastweb ha dedotto di aver ricevuto il contratto successivamente alla data di sottoscrizione e di aver dato prontamente impulso alla migrazione, in data 12 giugno 2015. Tuttavia, anche se non risulta agli atti la prova dell'invio, da parte dell'agente del contratto all'operatore Fastweb, risulta una comunicazione del 28 aprile 2015 con la quale detto gestore richiedeva all'utente la fattura del precedente operatore per poter effettuare il controllo del codice di migrazione. Tale circostanza appare incontestata fra le parti, atteso che l'operatore Fastweb ha dato conto, nella propria memoria in atti, del contatto con l'istante in data 28 aprile 2015, allegando, tra l'altro, la schermata aziendale dove risulta registrato il contatto.

In merito all'esito della migrazione, l'operatore ha dedotto che "*le numerazioni 0578.850XXX e 0578.850XXX, non sono mai migrati nella gestione di Fastweb. Mentre, per quanto attiene la risorsa n. 0578.226XXX, una prima richiesta di migrazione del 01.06.2015 è stata bocciata con indicazione di causale di scarto atipica "Migrazione richiesta su impianto con servizi incompatibili. Altra richiesta del 24.06.2015 è stata correttamente espletata in data 03.07.2015"*. A fronte della contestazione dell'istante di non aver ricevuto alcuna comunicazione in merito all'attivazione dei servizi, l'operatore Fastweb, quale operatore *recipient*, non ha provato di aver assolto gli oneri informativi relativamente alla migrazione in corso. Fastweb ha allegato lo "*screenshot*" della schermata interna riportante i contatti all'utente, ma la stessa non può considerarsi, in quanto schermata di produzione unilaterale, idonea prova ai fini dell'attestazione del raggiungimento dell'informazione all'utente, attesa la contestazione di quest'ultimo circa il mancato ricevimento di informazioni.

Con riferimento alla richiesta di migrazione dell'utenza n. 0578 226XXX, dagli elementi istruttori acquisiti tramite richiesta alla società Telecom Italia (Wholesale), emerge come "*Data Ricezione Ordine*" il 22 giugno 2015, mentre l'espletamento dell'ordine risulta avvenuto in data del 3 luglio 2015, in coincidenza con la DAC ("Data Attesa Aonsegna"). L'operatore Fastweb ha dedotto, sul punto, di non aver portato a termine il *provisioning* tecnico, avendo ricevuto il recesso dell'istante datato 8 luglio 2015.

Quanto ai numeri Voip (n. 0578 850XXX e n. 0578 850XXX*)* dalle risultanze istruttorie è emerso che *"sono nativi OLO Welcome Italia XXX"* e che non sono mai passati all'operatore *recipent* Fastweb.

Ciò posto, dalla disamina del sistema normativo e regolamentare sopra descritto, nonché della documentazione acquisita agli atti del procedimento, consegue che, Fastweb, operatore *recipient* contrattualmente obbligato nei confronti dell'utente all'espletamento della procedura *de qua*, a fronte della contestazione dell'istante di aver sottoscritto una proposta di attivazione in data 20 aprile 2015, avrebbe dovuto, per escludere la propria responsabilità, dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili, nonché fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà eventualmente incontrate nell'adempimento dell'obbligazione.

Pertanto, per quanto sopra esposto, in assenza di documentazione probatoria agli atti idonea ad escludere la responsabilità dell'operatore Fastweb, si ritiene che, ai sensi dell'art. 1218 del codice civile, la responsabilità in ordine all'omessa/ritardata attivazione dei servizi e ai connessi oneri informativi sia da ascriversi esclusivamente a detto operatore e che, perciò, debba essere riconosciuto all'istante un indennizzo proporzionato al disagio subito.

Per il calcolo dell'indennizzo di cui sopra si richiama quanto previsto dall'art. 3, che al comma 3 dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS prevede, in caso di ritardata / mancata attivazione del servizio, che gli importi previsti al comma 1 dello stesso articolo, pari ad euro 7,50 per ogni giorno di disservizio, "*siano ridotti ad un quinto, quando riguardano procedure per il cambio di operatore*". Nel caso di specie, il predetto parametro deve essere computato in misura pari al doppio, in conformità a quanto previsto dall'articolo 12, comma 2, del sopra citato *Regolamento*, attesa la natura *business* delle utenze telefoniche interessate dal disservizio.

Ai fini del calcolo dell'indennizzo, per quanto attiene l'utenza si determina il *dies a quo* nella data del 28 giugno 2015, detratto il tempo utile di 60 giorni indicato dalla "*Carta dei Servizi*" e dalle "*Condizioni Generali di Contratto*" dell'operatore Fastweb quale limite di tempo massimo per l'attivazione del servizio a partire dalla data del 28 aprile 2015, giorno in cui l'utente è stato contattato da Fastweb in merito al codice di migrazione ed il *dies ad quem* nel 3 luglio 2015, giorno dell'espletamento della richiesta di migrazione dei servizi voce ed ADSL relativamente all'utenza n. 0578 226XXX. Per quanto attiene, invece, i numeri 0578 850XXX e 0578 850XXX la migrazione non è mai avvenuta e si identifica, dunque, come *dies ad quem* la data del 13 luglio 2015, data di ricevimento della disdetta da parte dell'utente inviata a mezzo raccomandata A/R.

Pertanto l'indennizzo da riconoscere all'istante, per la mancata/ritardata attivazione dei servizi voce ed ADSL e connessi oneri informativi, relativamente all'utenza n. 0578 226XXX, a seguito di procedura di migrazione, è pari all'importo di euro 36,00 (euro 3,00 *pro die* per n. 6 giorni di ritardo x 2 servizi); mentre per l'omessa migrazione dei numeri n. 0578 850XXX e 0578 850XXX, l'importo è pari a un totale di euro 96,00 (euro 3,00 *pro die* per n. 16 giorni di ritardo x 2 utenze).

A fronte della mancata attivazione dei servizi sulle utenze n. 0578 850XXX e n. 0578 850XXX non può ritenersi fondata la pretesa creditoria eventualmente vantata dall'operatore Fastweb. L'istante ha, pertanto, diritto allo storno e/o rimborso (in caso di avvenuto pagamento) delle fatture emesse con riferimento alle numerazioni *de quibus* con il ritiro dell'eventuale connessa pratica di recupero dei crediti. L'istante ha altresì diritto allo storno e/o rimborso (in caso di avvenuto pagamento) delle fatture emesse con riferimento ai servizi voce e ADSL relativamente all'utenza n. 0578 226XXX prima del 3 luglio 2015, con il ritiro dell'eventuale connessa pratica di recupero dei crediti.

<u>Sul malfunzionamento nel periodo 3 luglio 2015 – 13 luglio 2015 (ricevimento disdetta)</u>

L'istante ha lamentato di aver subìto l'interruzione dei servizi, nelle more del passaggio da Active Network a Fastweb, su tutte le utenze a partire dal 3 luglio 2015. Di contro l'operatore Fastweb ha dedotto che "*le numerazioni 0578.850XXX e 0578.850XXX, non sono mai migrate nella gestione di Fastweb. Mentre, per quanto attiene la risorsa n. 0578.226XXX, una prima richiesta di migrazione del 01.06.2015 è stata bocciata con indicazione di causale di scarto atipica "Migrazione richiesta su impianto con servizi incompatibili. Altra richiesta del 24.06.2015 è stata correttamente espletata in data 03.07.2015"*.

La doglianza dell'utente è parzialmente accoglibile.

In primis si richiama che, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, il principio più volte affermato nella 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), secondo il quale 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 codice civile, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi. Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Nel caso di specie, dalle risultanze istruttorie, come detto sopra, risulta che le numerazioni 0578.850XXX e 0578.850XXX non sono entrate nella disponibilità del gestore Fastweb, il quale non può essere responsabile del malfunzionamento occorso sulle medesime nel periodo 3 luglio 2015 – 13 luglio 2015 (data del ricevimento della disdetta da parte di Fastweb).

Al contrario, per quanto attiene l'interruzione dei servizi voce ed ADSL sull'utenza n. 0578 226XXX, atteso che la migrazione a Fastweb di detti servizi risulta espletata in data 3 luglio 2015, detto operatore è responsabile del funzionamento dei servizi almeno fino al ricevimento della disdetta da parte dell'utente che, dalla ricevuta di ritorno della raccomandata, risulta avvenuta in data 13 luglio 2015.

Ciò premesso, in mancanza di qualsivoglia prova prodotta dall'operatore in ordine al corretto funzionamento dei servizi nel periodo suddetto, si ritiene che la condotta di Fastweb non sia stata conforme agli obblighi previsti e che sussista una sua responsabilità contrattuale per l'interruzione dei servizi voce e ADSL sull'utenza n. 0578 226XXX.

Per quanto concerne la determinazione dell'indennizzi, richiamando le considerazioni sopra menzionate, si ritiene di liquidare l'indennizzo derivante dal combinato disposto dell'art. 5, comma 1, e dell'art. 12, comma 2, dell'Allegato A alla Delibera Agcom n. 73/11/CONS per il periodo 3 luglio 2015 – 13 luglio 2015 (data del ricevimento della disdetta da parte di Fastweb) per complessivi euro 200,00 (euro 10,00 x 10 giorni di disservizio x 2 servizi).

A fronte della mancata fruizione dei servizi sull'utenza n. 0578 226XXX nel periodo 3 luglio 2015 – 13 luglio 2015 (data del ricevimento della disdetta da parte di Fastweb) non può ritenersi fondata la pretesa creditoria vantata dall'operatore Fastweb. L'istante ha, pertanto, diritto allo storno e/o rimborso (in caso di avvenuto pagamento) delle fatture emesse da Fastweb con riferimento a tale periodo per servizi non erogati con il ritiro dell'eventuale connessa pratica di recupero dei crediti.

Infine si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art.19, comma 6, del Regolamento, la somma forfetaria di euro 50,00 a titolo di spese di procedura.

DELIBERAZIONE
n. 33 del 5 giugno 2018

VISTI la relazione istruttoria redatta dalla Dott.ssa Elisabetta Castelli, responsabile del procedimento e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente Dott.ssa Cinzia Guerrini, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott.ssa Cinzia Guerrini svolta su proposta del Presidente nella seduta del 5 giugno 2018;

D E L I B E R A

in parziale accoglimento dell'istanza presentata in data 19 febbraio 2016 da XXX nei confronti dell'operatore Fastweb XXX, che detto operatore provveda:

1) a corrispondere all'istante, mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

a) euro 102,00 a titolo di indennizzo per la ritardata/omessa attivazione dei servizi delle utenze n. 0578 226XXX, n. 0578/850XXX e n. 0578/850XXX nelle more del passaggio fra operatori;

b) euro 200,00 a titolo di indennizzo per la l'interruzione dei servizi voce e ADSL sull'utenza 0578 226XXX nel periodo 3 luglio -13 luglio 2015 ;

c) euro 50,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19, comma 6, del Regolamento e della Delibera Agcom n. 276/13/CONS;

2) a regolarizzare la posizione amministrativa dell'istante, con il ritiro, a spese e cura del gestore, della connessa pratica di recupero del credito eventualmente aperta, mediante lo storno (o il rimborso, nel caso di avvenuto pagamento):

a) di quanto fatturato a titolo di servizi voce e ADSL di fatturazione sull'utenza n. 0578 226XXX;

b) di quanto fatturato con riferimento alle utenze n. 0578/850XXX e n. 0578/850XXX.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o rimborso di cui ai precedenti punto 1) lettere a), b) e punto 2) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS, Allegato A.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della Delibera Agcom n. 173/07/CONS Allegato A, il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11, D.lgs. n. 259/2003.

L'operatore è tenuto, altresì, a comunicare a questo Ufficio l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

DELIBERAZIONE
n. 33 del 5 giugno 2018

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sul sito internet istituzionale del CoReCom, nonché trasmessa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per gli adempimenti conseguenti.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 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'art. 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Il Segretario
Cinzia Guerrini

Il Presidente
Enzo Brogi