

Oggetto: **DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA:** [REDACTED] **Simionato**
/Fastweb [REDACTED] / Tiscali Italia [REDACTED]

Presenti:

SANDRO VANNINI	<i>Presidente</i>
GIANCARLO MAGNI	<i>Vice Presidente</i>
RENATO BURIGANA	<i>Componente</i>
LETIZIA SALVESTRINI	<i>Componente</i>
MAURIZIO ZINGONI	<i>Componente</i>

Assenti:

Presiede: **Sandro Vannini**

Segretario: **Luciano Moretti** *Dirigente della struttura di assistenza al Comitato incaricato della redazione del presente atto*

Allegati N. 0

II COMITATO REGIONALE per le COMUNICAZIONI

VISTI:

- 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";
- 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;
- il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";
- 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;
- 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;
- la Delibera Agcom n. 73/11/CONS All. A "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori";
- la Delibera n. 274/07/CONS "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso" e successive modificazioni;
- 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";
- 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 Toscana 1 febbraio 2000, n. 10);
- l'"Accordo quadro tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, 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 4 dicembre 2008;
- la "Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni", sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana in data 16 dicembre 2009, e in particolare l'art. 4, comma 1, lett. e);
- l'istanza n. 124 del 20 marzo 2014 con cui il Sig. ██████████ Simionato chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni (di seguito, per brevità, CoReCom) per la definizione della controversia in essere con la società Fastweb ██████████ (di seguito, per brevità, Fastweb) e Tiscali Italia ██████████ (di seguito, per brevità, Tiscali Italia) 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 n. 173/07/CONS, Allegato A;

- la nota del 24 marzo 2014 con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio di un procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia e la successiva comunicazione del 18 settembre 2014 con cui ha invitato le parti stesse a presentarsi all'udienza per la discussione della controversia in data 24 ottobre 2014;

UDITE ognuna delle parti nella suindicata udienza;

ESAMINATO pertanto il relativo verbale di udienza, con il quale ci si riservava di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la *res controversa*;

ESAMINATI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e risultanze istruttorie.

Il Sig. Simionato, intestatario di un contratto di telefonia fissa con il gestore Tiscali Italia, sottoscriveva in data 28 febbraio 2013 un contratto con l'operatore Fastweb, che prevedeva la migrazione della linea n. [REDACTED] dal precedente gestore. Tale contratto veniva definitivamente "rifiutato" dall'operatore Fastweb nel giugno 2013. Parte istante sottoscriveva con quest'ultimo gestore un nuovo contratto in data 15 ottobre 2013 con lo stesso scopo ma, al momento della presentazione dell'istanza GU14, la portabilità non sarebbe ancora avvenuta.

In data 14 marzo 2014 parte istante esperiva tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il fallimento dello stesso.

Con l'istanza di definizione della controversia il Sig. Simionato ha chiesto:

1) "l'attivazione immediata del servizio ADSL e portabilità del numero [REDACTED] a seguito migrazione dal fornitore Tiscali [REDACTED] con le condizioni contrattualizzate in data 28 febbraio 2013";

2) un indennizzo per la mancata attivazione del servizio con il gestore Fastweb.

In data 18 aprile 2014, nel rispetto dei termini procedurali, la società Tiscali Italia ha fatto pervenire una propria memoria difensiva con la quale l'operatore specificava come, a partire dal mese di marzo 2013, pervenivano diverse richieste di migrazione da parte del gestore Fastweb. La richiesta subiva sei "KO" nella cosiddetta "Fase 2" con motivazione "codice migrazione errato" o per "incompletezza DN associati all'accesso". In data 11 dicembre 2013 l'operatore Fastweb presentava una nuova richiesta, ed il gestore Tiscali Italia dava il suo "OK" in "Fase 2" con contestuale creazione del codice di sessione. L'operatore Fastweb avrebbe attivato la "Fase 3" solamente in data 24 marzo 2014 e tale richiesta, al momento del deposito delle memorie, risulta in stato "accettata" dal gestore Telecom Italia Wholesale. Le domande di migrazione, pertanto, sarebbero state legittimamente rigettate dall'operatore "donating" a causa del codice di migrazione inserito da parte del gestore Fastweb, che sarebbe risultato errato. La società Tiscali Italia produceva, a titolo esemplificativo, dei conti telefonici emessi nei confronti del Sig. Simionato, dai quali si evincerebbe come l'utente avrebbe avuto sempre la disponibilità dei corretti codici di migrazione.

Al momento in cui la memoria veniva depositata, infine, non risultava ancora completata la procedura di migrazione.

In data 18 aprile 2014, nel rispetto dei termini procedurali, la società Fastweb ha fatto pervenire una propria memoria difensiva con la quale l'operatore, *in primis*, chiedeva che venisse dichiarata l'inammissibilità della richiesta presentata nell'istanza GU14 in relazione "all'attivazione immediata del servizio adsl e portabilità del numero..." Nel merito:

- in data 16 ottobre 2013 l'utente aderiva ad un contratto che prevedeva la portabilità della linea [REDACTED].
 - la società Fastweb presentava diverse richieste di portabilità al gestore Tiscali Italia, che venivano rifiutate. La richiesta del 12 dicembre 2013, invece, sarebbe stata, al momento di deposito della memoria, ancora in fase di espletamento, con la conseguenza che la linea sarebbe stata ancora gestita dalla compagnia Tiscali Italia.
 - L'utente sarebbe stato informato delle predette circostanze.
- L'istanza, pertanto, doveva ritenersi infondata.

In data 18 aprile 2014, nel rispetto dei termini procedurali, il Sig. Simionato ha depositato note di replica, con le quali precisava come il primo contratto sottoscritto con il gestore Fastweb risalisse al 28 febbraio 2013 e fosse stato "rigettato" dal predetto operatore nel giugno 2013. Il secondo contratto risultava sottoscritto in data 15 ottobre 2013 o non il 16 ottobre 2013. La richiesta di portabilità risultava allo stato "scartata" per l'ennesima volta a causa del ritardo con cui il gestore Fastweb avrebbe gestito la cosiddetta "Fase 3". Infine, parte istante precisava di non aver ricevuto alcuna comunicazione con cui l'operatore l'avrebbe informato delle circostanze che avevano determinato il ritardo nella procedura di portabilità, che per parte istante sarebbero emerse solamente nel corso della procedura di definizione.

2. Valutazioni in ordine al caso in esame.

In via preliminare si rileva che, ai sensi dell'art. 19, comma 4, del Regolamento allegato alla Delibera n. 173/07/CONS, l'oggetto della pronuncia è limitato alla possibilità di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute (che può equivalere allo storno delle somme non dovute che ancora non siano state pagate) o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Ne consegue che la richiesta formulata da parte del Sig. Simionato di "attivazione immediata del servizio ADSL e portabilità del numero [REDACTED] a seguito migrazione dal fornitore Tiscali S.p.A. con le condizioni contrattualizzate in data 28 febbraio 2013" non potrebbe trovare accoglimento, in questa sede, perché non rientrante nell'oggetto della pronuncia così come disciplinato dal sopra menzionato art. 19, comma 4.

Nel merito, l'istanza formulata dal Sig. Simionato può trovare parzialmente accoglimento, nei termini che si vanno ad esporre.

Circa la ritardata migrazione e contestuale portabilità della linea n. [REDACTED], sarà necessario verificare se, rispetto alla data in cui è stato sottoscritto il relativo contratto da parte dell'istante, vi sia stato un ritardo da parte dell'operatore Fastweb rispetto ai termini contrattualmente previsti per il compimento delle predette procedure e, in caso positivo, se il predetto ritardo sia attribuibile al gestore e se quest'ultimo abbia correttamente ed idoneamente informato l'istante delle difficoltà riscontrate nella procedura di migrazione.

Al riguardo, parte istante produce sia il contratto inoltrato via web all'operatore Fastweb in data 28 febbraio 2013 (e vi è prova del ricevimento, da parte del gestore, del predetto contratto nella medesima data), sia del contratto, sempre inoltrato via web, in data 15 ottobre 2013 (ed anche di tale invio vi è prova del ricevimento da parte della società Fastweb).

L'art. 6.1 delle Condizioni Generali di Contratto dell'operatore Fastweb prevedono che l'attivazione del servizio dovrà avvenire entro 60 giorni dalla ricezione della proposta contrattuale debitamente firmata. L'art. 7.2, in riferimento alla portabilità dei numeri telefonici, rinvia, per la tempistica di attivazione, nel caso in cui la tecnologia utilizzata dall'utente sia di tipo XDSL (come nel caso in esame), al predetto art. 6. Pertanto, in relazione a tutte le linee, la migrazione con contestuale portabilità, sarebbe dovuta avvenire entro sessanta giorni dalla sottoscrizione del contratto.

La disciplina di riferimento riguardo alla procedura di migrazione è quella prevista dalla Delibera Agcom n. 4/06/CONS come modificata ed integrata dalla n. 274/07CONS, dalla circolare Agcom del 9 aprile 2008 (attuativa della n. 274/07/CONS), dall'Accordo quadro sulle migrazioni sottoscritto dagli operatori in data 14 giugno 2008, dalla Delibera Agcom n. 41/09/CIR.

Al riguardo, pare preliminarmente opportuno chiarire, in via generale, che, dal punto di vista regolamentare, si ha "migrazione" tra operatori (OLO 2 OLO), quando viene richiesto il passaggio dall'OLO donating all'OLO recipient oppure da un operatore OLO donating a Telecom Italia [REDACTED]. In entrambi i casi, c'è migrazione se viene utilizzata la rete di accesso del gestore Telecom Italia. In sintesi, la procedura di migrazione si articola in 3 fasi: "Fase 1": richiesta del cliente (coinvolge l'utente e il recipient); "Fase 2": comunicazione preventiva (coinvolge il recipient e il donating); "Fase 3": provisioning tecnico (coinvolge l'utente, il recipient, il donating, Telecom Italia Wholesale e l'eventuale donor), che consiste nella realizzazione della migrazione.

In particolare, nella "Fase 3", ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio-assenso del donating, il recipient trasmette la richiesta di migrazione alla divisione rete di Telecom Italia [REDACTED] comunicando la DAC (Data Attesa Consegna) concordata con il cliente. Telecom Italia Wholesale effettua il provisioning del servizio intermedio alla DAC, effettuando le necessarie notifiche di conclusione del processo nei confronti degli operatori coinvolti tra cui, ultima, la notifica di cessazione nei confronti sia del donating che dell'eventuale donor.

Nel caso che oggi ci occupa, la società Tiscali Italia ha dimostrato, tramite produzione delle schermate dell'interfaccia "OLO-Gateway", di aver gestito correttamente le richieste di migrazione presentate dall'operatore Fastweb, rifiutando tali istanze per motivi rientranti in quelli regolamentati dalla delibera 274/07/CONS. Né è rinvenibile una responsabilità del gestore Tiscali nell'iter procedurale iniziato nel dicembre 2013, dato che anche in questo caso, sebbene la "Fase 2" avesse avuto un esito positivo, è stata la Compagnia Fastweb a far scadere il codice di sessione generato al termine della predetta fase, attivando la "Fase 3" e coinvolgendo Telecom Italia Wholesale con eccessivo ritardo.

Pertanto, si ritiene sussistere una responsabilità contrattuale, unicamente in capo all'operatore Fastweb, ai sensi dell'art. 1218 codice civile. Infatti, come più volte statuito sul punto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cfr. da ultimo, cass. civ. sent. n. 936/10) la società Fastweb aveva l'onere di dimostrare che la ritardata migrazione fosse dipesa da causa ad essa non imputabile, nonché di dimostrare di avere tempestivamente informato l'utente delle eventuali difficoltà tecniche e/o amministrative incontrate nell'adempimento delle obbligazioni. Nel merito, si osserva che, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, Delibera Agcom 179/03/CSP, e secondo il consolidato orientamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. In questi casi, peraltro, il gestore deve anche fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione e non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Nel caso che oggi ci occupa, la società Fastweb non ha dato alcuna prova di aver tempestivamente informato l'utente delle difficoltà rinvenute nell'iter per ottenere la portabilità delle linee individuate nel contratto. Ne consegue il diritto del Sig. Simionato ad ottenere un indennizzo per il ritardo maturato nella migrazione.

Con riferimento al periodo indennizzabile, si ritiene di individuare, in relazione al primo contratto sottoscritto il 28 febbraio 2013, il *dies a quo* nel giorno 30 aprile 2013 (ossia il primo giorno di ritardo nella portabilità del numero ed attivazione del servizio rispetto ai sessanta giorni indicati dagli artt. 6.1 – 7.2 delle Condizioni Generali del Contratto del gestore Fastweb,) e il *dies ad quem* nel 26 giugno 2013, data in cui il Sig. Simionato veniva a conoscenza del "rifiuto definitivo della pratica".

Circa il secondo contratto sottoscritto in data 15 ottobre 2013, si ritiene di individuare il *dies a quo* nel giorno 15 dicembre 2013 (ossia il primo giorno di ritardo nella portabilità del numero ed attivazione del servizio rispetto ai sessanta giorni indicati dagli artt. 6.1 – 7.2 delle Condizioni Generali del Contratto del gestore Fastweb,) e il *dies ad quem* nel 18 aprile 2014, data in cui il Sig. Simionato comunica di non aver ancora ottenuto la portabilità, secondo quanto previsto dalle Linee Guida approvate con Delibera n. 276/13/CONS.

I complessivi giorni di ritardo sono, pertanto, 183.

Per il calcolo dell'indennizzo dovuto, si applica l'art. 6, comma 1 dell'Allegato A della Delibera Agcom n. 73/11/CONS, il quale, "*nelle ipotesi di procedure di portabilità del numero non concluse nei termini stabiliti dalla disciplina di settore*", stabilisce che "*l'operatore responsabile del ritardo sarà tenuto a corrispondere all'utente interessato un indennizzo pari ad euro 5,00 per ogni giorno di ritardo*"; pertanto, la misura dell'indennizzo spettante è pari all'importo di euro 915,00 (euro 5,00 x 183 giorni di ritardo).

La domanda formulata nei confronti del gestore Tiscali Italia, al contrario, dovrà essere rigettata, per le motivazioni già riportate.

Si ritiene, infine, proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante la somma forfettaria di euro 100,00 a titolo di spese di procedura ai sensi dell'art. 19 del Regolamento.

CONSIDERATO tutto quanto sopra esposto;

VISTI la relazione istruttoria redatta dall'Avv. Benedetta Cappelli in attuazione del contratto sottoscritto in data 16 ottobre 2014 e lo schema di decisione predisposto dal Dirigente, Dott. Luciano Moretti, ex art. 19, comma 1, del Regolamento;

UDITA l'illustrazione del Dirigente, Dott. Luciano Moretti, svolta su proposta del Presidente nella seduta del 26 maggio 2015;

Con voti unanimi

DELIBERA

in merito all'istanza avanzata in data 20 marzo 2014 dal Sig. ██████████ Simionato:

- 1) il rigetto con compensazione delle spese procedurali nei confronti di Tiscali Italia ██████████;
- 2) in parziale accoglimento dell'istanza avanzata che l'operatore Fastweb ██████████ provveda alla corresponsione, mediante assegno o bonifico bancario intestato all'istante:
 - a) dell'importo di euro 915,00 a titolo di indennizzo per il ritardo nella procedura di migrazione dal gestore Tiscali Italia ██████████ della linea oggetto del contendere;
 - b) della somma di euro 100,00 a titolo di spese di procedura ex art. 19 Delibera n. 173/07/CONS.

Le somme così determinate a titolo di indennizzo di cui al precedente punto 2) lettera a) dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.

DELIBERAZIONE
n. 84 del 26 maggio 2015

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.

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
Luciano Moretti

Il Presidente
Sandro Vannini