

DELIBERA N° 73 del 27/04/2016

Oggetto: Definizione della controversia tra XXX SPA /FASTWEB XXX

L'anno 2016 il giorno 27 del mese di aprile presso la propria sede, si è riunito il Comitato Regionale per le Comunicazioni delle Marche regolarmente convocato:

		Presenti	Assenti
Pietro Colonnella	Presidente	X	
Francesco Capozza	Vice Presidente		X
Domenico Campogiani	Componente	X	
Vittorio Vecchini	Componente	X	
Dante Merlonghi	Componente		X
Laura Tosti Guerra	Componente	X	

Essendosi in numero legale per la validità dell'adunanza, assume la presidenza il Presidente del CO.RE.COM. Pietro Colonnella che dichiara aperta la seduta alla quale assiste il Segretario del CO.RE.COM. Angela Ruocco e il Responsabile del procedimento Sabrina Strazzi.

La deliberazione in oggetto è approvata unanimità dei presenti

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXX SPA/ FASTWEB XXX
GU14 n. 54/2014

IL CORECOM DELLA REGIONE MARCHE

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTO 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;

VISTA la “*Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni*”, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio Regionale delle Marche e il Comitato Regionale per le Comunicazioni delle Marche in data 19 giugno 2013 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*” di seguito “Regolamento indennizzi”;

VISTA la delibera n. 274/07/CONS, recante “*Modifiche ed integrazioni alla delibera n. 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*”;

VISTA la legge regionale 27 marzo 2001, n. 8 recante “*Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM)*”;

VISTA l'istanza prot. n. 2926 del 2 luglio 2014 con cui la XXX chiedeva l'intervento del Comitato Regionale per le Comunicazioni delle Marche (di seguito, per brevità, Corecom) per la definizione della controversia in essere con la Fastweb XXX (di seguito, per brevità, Fastweb) ai sensi dell'art. 14 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, Allegato A;

VISTO la nota prot. n. 4744 del 10 novembre 2014 con cui questo Ufficio ha comunicato alle parti, ai sensi degli artt.li 15 e 16 del su menzionato Regolamento, l'avvio del procedimento e la convocazione per l'udienza di discussione del 18 dicembre 2014;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

ESAMINATO il relativo verbale di udienza chiuso senza l'accordo delle parti (art. 16, commi 5 e 6, dell'All. A alla delibera n. 173/07/CONS);

UDITA la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del procedimento dott.ssa Sabrina Strazzi

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

1. La posizione dell'istante

L'istante ha lamentato la mancata migrazione di n. 2 numerazioni fisse e la mancata portabilità dei numeri mobili verso l'operatore Fastweb. In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento, nella memoria integrativa e nel corso dell'audizione, l'istante ha dichiarato quanto segue:

- a. a luglio 2013, dietro consiglio di un agente Fastweb, la XXX sottoscriveva con tale gestore un contratto che prevedeva una tariffa legata alla migrazione sia della telefonia fissa che della telefonia mobile;
- b. la migrazione delle numerazioni fisse non è mai andata a buon fine per problemi tecnici secondo informazioni telefoniche fornite da un tecnico Fastweb;

- c. per i numeri mobili, invece, la Fastweb ha attivato n. 9 SIM provvisorie mai richieste e disconosciute, senza dare alcuna giustificazione circa la mancata portabilità dei numeri richiesti;
- d. a prova di quanto sostenuto depositava agli atti le email inviate alla Fastweb e al suo agente di zona per avere notizie circa il passaggio delle numerazioni suddette oltre alla contestazione dell'addebito sul conto corrente intestato alla Società di euro 1.017,68 (*millediciassette/68*) per una fattura emessa senza aver attivato le linee.

In base a tali premesse, l'utente ha richiesto:

- i. il rimborso della fattura n. 7355XXX emessa il 14 ottobre 2013 di euro 1.017,68 (*millediciassette/68*) addebitata in conto corrente;
- ii. lo storno delle fatture successivamente emesse e non pagate;
- iii. l'indennizzo per l'attivazione delle SIM provvisorie non richieste ai sensi dell'art.8 delibera 173/07/CONS;
- iv. euro 400,00 per le spese di procedura sostenute.

2. La posizione dell'operatore

Fastweb con memoria, depositata nei termini previsti nell'avvio della procedura, ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità dell'istanza e nel merito ha chiesto il rigetto dell'istanza di definizione perché infondata.

In particolare, in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza nella parte in cui non vi è coincidenza con i fatti e le richieste oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione, nonché delle istanze aventi carattere risarcitorio e, dunque, formulate in palese violazione dell'art. 19, comma 4, della delibera 173/07/CONS.

Nel merito, rappresentava a difesa del suo operato quanto segue:

- a. in data 30 luglio 2013 l'istante ha aderito ad una Proposta di abbonamento che depositava agli atti;
- b. in data 5 agosto 2013 Fastweb ha inviato alla Telecom l'ordine di rilascio della CVP al fine di attivare i propri servizi di rete fissa ma tale richiesta è stata bocciata da Telecom per impedimenti tecnici prontamente comunicati alla XXX Spa come da schermate Eureka allegate;
- c. anche per le numerazioni di rete mobile la Fastweb ha, tempestivamente, inoltrato le richieste di portabilità le quali, tuttavia, sono state bocciate invitando l'istante a fornire i dati corretti e necessari per l'espletamento della richiesta di portabilità;

d. nelle more della procedura in questione, la Fastweb ha recapitato alla XXX le relative USIM, associate a numeri provvisori, necessarie per l'attivazione dei servizi una volta espletata la portabilità delle numerazioni, così come previsto dall'art. 6 delle condizioni generali di contratto per l'offerta mobile;

e. per le suddette ragioni venivano emesse fatture in ogni caso non pagate e, comunque, mai contestate nei modi e nei termini contrattualmente previsti.

f. da ultimo, evidenziava che la XXX Spa non ha mai inviato alla Fastweb comunicazione di recesso contrattuale.

3 Motivazione della decisione

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

A. Sul rito, in via preliminare.

Si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Vengono, pertanto, rigettate le eccezioni di inammissibilità dell'istanza svolte dall'operatore sia per quanto riguarda l'oggetto della richiesta di definizione in quanto è identico a quello sottoposto al tentativo obbligatorio di conciliazione, sia per quanto riguarda le istanze aventi carattere risarcitorio, poiché nessuna richiesta in tal senso è stata avanzata dall'utente.

B. Nel merito.

Occorre verificare la sussistenza o meno della responsabilità dell'operatore Fastweb a cui l'impresa istante si era rivolta aderendo ad una proposta di abbonamento.

La fattispecie oggetto della presente definizione è una procedura di trasferimento presso altro operatore delle numerazioni fisse e delle numerazioni mobili mediante procedura di migrazione, disciplinata dalla delibera n. 274/07/CONS, recante “*Modifiche ed integrazioni alla delibera n. 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso*”, che fornisce le linee guida nelle procedure di passaggio che coinvolgono un servizio intermedio di accesso.

Sinteticamente, la procedura di migrazione si articola in tre fasi: Fase 1: Richiesta del cliente; Fase 2: Comunicazione preventiva; Fase 3: Provisioning Tecnico.

Nella Fase 1: il cliente aderisce all'offerta commerciale del *Recipient* e gli comunica il proprio codice di migrazione, precedentemente fornitogli dal *Donating* (in fattura o su area web) o richiesto via *call center*. Il *Recipient* verifica, tramite il carattere di controllo, che non ci sono errori di trascrizione e/o lettura del codice. Nella Fase 2: il *Recipient* trasmette la richiesta di passaggio al *Donating* e quest'ultimo procede alle verifiche, fornendo l'esito delle stesse entro 5 giorni lavorativi trascorsi i quali si applica

il silenzio assenso. Il *Donating* effettua delle verifiche formali e gestionali, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal Recipient. Nei casi specificati dalla normativa può inviare, entro i 5 giorni, un KO. 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 (Telecom Italia Wholesale) comunicando la DAC concordata con il cliente. Telecom Italia Wholesale effettua il provisioning del servizio intermedio alla DAC. Nei casi specificati dalla normativa può inviare un KO (impossibilità tecnica a fornire il servizio: es. irreperibilità cliente, problemi di rete, ecc.).

Nel caso in esame, agli atti del procedimento vi è la proposta di abbonamento “Piccole&MedieImprese” sottoscritta dall'utente con la Fastweb il 30 luglio 2013, la lettera di recesso e di consenso alla migrazione delle linee debitamente compilata e sottoscritta dall'utente, le condizioni generali di contratto per la fornitura dei servizi di rete fissa e la carta dei servizi mobili Fastweb; la Fastweb ha altresì prodotto due schermate del proprio sistema di dialogo tra operatori, denominato Eureka, oltre a 10 schermate Trouble Ticket relative alla segnalazione reclamo inviate in data 16.09.2013 dall'utente per la portabilità dei numeri mobili.

Come noto, in base ai principi 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, 3 luglio 2009, n.15677 e da ultimo Cass., sez. II, 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 c.c., 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.

Nel caso di specie risulta dalle schermate Eureka prodotte da Fastweb che, in data 5 agosto 2013, lo stesso gestore ha inviato a Telecom Italia l'ordine di rilascio della CVP (c.d. Servizio di Canale Virtuale Permanente) al fine di attivare i propri servizi di rete fissa, ma tale richiesta è stata bocciata da Telecom il 9 ottobre 2013 con la seguente causale di scarto : “*Servizio non disponibile per presenza apparati sulle linee*”.

Si deve dare atto che la società Fastweb non ha potuto migrare le numerazioni fisse per fatto indipendente dalla sua volontà e, segnatamente, per il mancato espletamento da parte di Telecom della richiesta inoltrata tempestivamente dal *Recipient*. In relazione a ciò alcuna responsabilità può essere imputata a Fastweb, che tuttavia, non ha dimostrato di aver informato l'utente della circostanza che Telecom non aveva dato il via alla procedura di migrazione per motivazioni tecniche.

Infatti, come sopra evidenziato, l'operatore per escludere la propria responsabilità è tenuto anche a 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, comunicati tra l'altro, non si sa bene come, quando e a chi, dovendo l'utente essere messo in grado di comprendere quanto accaduto. Allo stesso modo, l'operatore deve dimostrare di essersi diligentemente attivato per rimuovere eventuali ostacoli amministrativi e/o tecnici incontrati, avendo, in caso contrario, l'utente diritto ad un indennizzo automatico per mancato rispetto degli oneri informativi di cui all'art. 3, comma 3, in combinato disposto con l'art. 12, comma 2, del Regolamento indennizzi (Cfr., per tutte, Delibera AGCOM n. 150/15/CIR; Deliberazione Corecom Toscana n. 57 del 15 dicembre 2014; Deliberazione Corecom Umbria n. 33 del 25 giugno 2014; Deliberazione del Corecom Lombardia n. 9 del 16 luglio 2010).

La Fastweb, pertanto, sarà tenuta a corrispondere (per le numerazioni fisse) un indennizzo automatico pari ad euro 360,00 (*trecentosessanta/00*) computato nella misura di euro 1,50 al giorno, per 240 giorni, calcolati in riferimento al periodo intercorrente dal 30.09.2013 (primo giorno di ritardo nell'attivazione rispetto al termine di 60 giorni dalla conclusione del contratto *ex art.* 5.2 e 6.1 delle Condizioni Generali del Contratto del gestore Fastweb) al 28.05.2014 (data in cui è stato espletato il tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom).

Parimenti, dovranno essere integralmente rimborsati i costi di attivazione delle utenze fisse eventualmente addebitati all'istante; a tal riguardo, dalle acquisizioni istruttorie effettuate nella presente procedura, non risulta essere stata emessa alcuna fattura per le linee fisse dal gestore Fastweb.

Identiche considerazioni valgono per la mancata portabilità delle linee mobili.

In particolare, dalle schermate “Trouble Ticket” prodotte, risulta che la Fastweb ha, tempestivamente, inoltrato le rispettive richieste di portabilità che, tuttavia, sono state bocciate. Peraltro, non risulta agli atti la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà tecniche incontrate nell'adempimento dell'obbligazione né

risulta, come sostiene l'operatore nella sua memoria difensiva, che tali circostanze siano state comunicate all'istante con sollecito a fornire i dati corretti necessari per l'espletamento della richiesta.

Dalle schermate prodotte risulta solamente la richiesta di assistenza dell'utente, cioè la segnalazione fatta in data 16.09.2013 al Servizio Clienti dalla XXX circa la mancata portabilità delle numerazioni mobili. Risulta, inoltre, la trasmissione all'utente delle USIM, associate a numeri provvisori, necessarie per l'attivazione dei servizi una volta espletata la portabilità delle numerazioni (data consegna 12.09.2013).

Come evidenziato dalla difesa del gestore, la modalità di attribuire al cliente, contestualmente alla consegna delle Carte USIM, delle numerazioni provvisorie necessarie per l'attivazione dei servizi una volta espletata la portabilità delle numerazioni mobili originarie è previsto dall'art. 6 delle Condizioni Generali di Contratto per l'offerta mobile, allegate alla proposta di abbonamento sottoscritta dalla XXX il 30.07.2013.

Pertanto, sotto questo aspetto, non può trovare accoglimento la richiesta dell'utente *sub iii)* di indennizzo *ex art. 8* Regolamento indennizzi per l'attivazione di numeri aggiuntivi mai richiesti, poiché tale facoltà è prevista nel contratto sottoscritto dall'utente che, pertanto, l'ha accettata.

Deve, invece, riconoscersi alla XXX, per tutto quanto sopra esposto, l'indennizzo automatico per mancato rispetto degli oneri informativi di cui all'art. 3, comma 3, in combinato disposto con l'art. 12, comma 2, del Regolamento indennizzi.

La Fastweb, pertanto, sarà tenuta a corrispondere (per le numerazioni mobili) un indennizzo automatico pari ad euro 360,00 (*trecentosessanta/00*) computato nella misura di euro 1,50 al giorno, per 240 giorni, calcolati in riferimento al periodo intercorrente dal 30.09.2013 (primo giorno di ritardo nell'attivazione rispetto al termine di 60 giorni dalla conclusione del contratto *ex art. 5.2 e 6.1* delle Condizioni Generali del Contratto del gestore Fastweb) al 28.05.2014 (data in cui è stato espletato il tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom). Tale indennizzo, in ogni caso, sarà computato in misura unitaria considerando, per ragioni di proporzionalità ed equità, che l'utente, non ha mai attivato le USIM collegate alle numerazioni provvisorie, quindi, non ha patito alcun danno se non di natura contabile relativo alle fatture emesse dal gestore.

Sulla richiesta *sub i) e sub ii)* di rimborso della fattura n. 7355XXX emessa il 14 ottobre 2013 di euro 1.017,68 (*millediciassette/68*) addebitata in conto corrente e sullo storno delle fatture successivamente emesse e non pagate, in particolare la fattura n. 8947XXX emessa il 14 dicembre 2013 di euro 599,30 (*cinquecentonovantanove/30*), la difesa della Fastweb riferisce che sono state emesse per l'attivazione delle numerazioni mobili provvisorie e che, comunque, non solo non sono state mai pagate ma neanche contestate nei modi e nei termini contrattuali previsti. Non risulta inviata alla Fastweb neanche comunicazione di recesso contrattuale.

In merito, è bene evidenziare che la prima fattura succitata (quella di euro 1.017,68) è stata regolarmente addebitata nel conto corrente dell'utente e contestata dallo stesso come risulta da fax inoltrato alla Fastweb in data 4 dicembre 2013.

Risultano agli atti, inoltre, numerose contestazioni inoltrate via email all'agente Fastweb a cui la XXX si era rivolta per sottoscrivere la proposta di abbonamento oggetto della presente controversia.

La seconda fattura che, invece, risulta insoluta (quella di euro 599,30) non è stata pagata però risulta contestata, sia all'agente Fastweb che alla Società Fastweb, con PEC del 7 febbraio 2014, con cui l'utente comunicava al gestore anche di non essere più interessata ad effettuare la migrazione delle linee fisse e mobili, riteneva nullo il contratto sottoscritto perché mai portato ad esecuzione e chiedeva nuovamente lo storno delle fatture emesse con contestuale nota di credito e restituzione di quanto pagato indebitamente con la prima fattura.

Ne consegue che la posizione contabile-amministrativa dell'utente deve essere regolarizzata non solo quale conseguenza della responsabilità contrattuale del gestore per mancato rispetto degli oneri informativi ma anche perché le fatture emesse sono state regolarmente reclamate e contestate.

Pertanto, la fattura n. 7355XXX, emessa il 14 ottobre 2013, di euro 1.017,68 (*millediciassette/68*) pagata dovrà essere integralmente rimborsata da Fastweb, mentre la fattura n. 8947XXX, emessa il 14 dicembre 2013, di euro 599,30 (*cinquecentonovantanove/30*), dovrà essere integralmente stornata.

La richiesta di liquidazione delle spese legali sostenute in riferimento alle procedure incardinate innanzi al Corecom può trovare accoglimento nei limiti del rimborso spese di cui all'art. 19, comma 6, del Regolamento che si ritiene equo liquidare nella misura di euro 100,00 (cento/00), tenuto conto che la parte istante ha presenziato sia all'udienza di conciliazione che quella di definizione.

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda della XXX XXX Spa sia da accogliere parzialmente per le ragioni di cui in motivazione;

UDITA la relazione del commissario Domenico Campogiani;

DELIBERA

1) In parziale accoglimento dell'istanza della XXX SPA la società FASTWEB XXX, è tenuta a liquidare, tramite assegno o bonifico bancario, in favore dell'istante:

1. la somma di euro euro 360,00 (*trecentosessanta/00*) a titolo di indennizzo per mancato rispetto degli oneri informativi di cui all'art. 3, comma 3, in combinato disposto con l'art. 12, comma 2, del Regolamento indennizzi, da corrispondere per la mancata potabilità delle linee fisse, maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 2. la somma di euro euro 360,00 (*trecentosessanta/00*) a titolo di indennizzo per mancato rispetto degli oneri informativi di cui all'art. 3, comma 3, in combinato disposto con l'art. 12, comma 2, del Regolamento indennizzi, da corrispondere per la mancata potabilità delle linee mobili, maggiorata degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza;
 3. la somma di euro 100,00 (*cento/00*) per le spese di procedura;
 4. la somma di euro 1.017,68 (*millediciasette/68*) a titolo di rimborso della fattura n. 7355XXX emessa il 14 ottobre 2013 oltre agli interessi legali dalla data di pagamento della stessa;
- 2) La società Fastweb dovrà, infine, provvedere allo storno integrale della fattura n. 8947XXX, emessa il 14 dicembre 2013, di euro 599,30 (cinquecentonovantanove/30) e conseguentemente alla regolarizzazione della posizione amministrativa e contabile della posizione dell'utente.
- 3) La società FASTWEB XXX è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
- 4) Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
- 5) È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
- 6) Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Ancona, 27 aprile 2016

IL PRESIDENTE

IL RELATORE

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

Il dirigente
Maria Rosa Zampa

La presente deliberazione si compone di n. 11 pagine

Il segretario
Angela Ruocco