

DELIBERA DL/154/17/CRL/UD del 28 novembre 2017

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

F.RI.SAN.FXXX / FASTWEB XXX/TELECOM ITALIA XXX / WIND TRE XXX

(LAZIO/D/849/2015)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 28 novembre 2017;

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 e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 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";

VISTA l'istanza della Soc. F. RI. SAN.XXX presentata in data 7.10.2015;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante

L'istante ha lamentato, nei confronti degli operatori Fastweb, Wind e Telecom Italia, quanto segue:

- Di aver aderito ad una proposta di contratto con l'operatore Fastweb, in data 06/03/2013, per la migrazione dall'operatore Wind delle linee xxxxxx410 e xxxxxx077;
- "*Dopo un po' di tempo*" Fastweb attivava solamente la linea xxxxxx410;
- Contattato il servizio clienti, apprendeva che l'altra numerazione, xxxxxx077, aveva avuto problemi di trasferimento da Wind;
- Tale situazione comportava continui disservizi sulle linee, come interruzioni di chiamate, mancati collegamenti ad internet e l'impossibilità di utilizzare pos e fax;

- Il problema era stato sempre segnalato a entrambi gli operatori, senza ricevere risposte adeguate;
- “Un giorno” l’utenza xxxxxxx077 ha smesso di funzionare risultando, quando chiamata, inesistente; il servizio clienti Fastweb contattato, comunicava l’impossibilità del trasferimento del numero da Wind che “risultava disattivato”.
- La società si vedeva quindi costretta ad attivare una nuova linea con Telecom Italia, la quale forniva nuova utenza, xxxxxxx601, per il funzionamento del pos e del fax;
- A causa del protrarsi dei disservizi causati da Fastweb sull’unica utenza trasferita, richiedeva nuova portabilità a Telecom che la eseguiva a luglio 2014;
- Contattata la Fastweb per chiedere istruzioni sulla restituzione del modem, apprendeva che era necessario inviare raccomandata per la disdetta del servizio e che l’operatore aveva facoltà di disattivare i propri servizi dopo 90 giorni, in virtù di un contratto mai firmato e disconosciuto dall’utente con comunicazione di contestazione all’operatore.
- Fastweb incaricava poi una società di recupero crediti, per somme insolute non dovute.

Sulla base di tali premesse, l’utente richiedeva:

- a) Indennizzo per malfunzionamento e interruzione dei servizi voce, adsl, pos e fax dal 17.4.2013 al 30.7.2014 sulla numerazione xxxxxx410;
- b) Indennizzo per perdita della numerazione xxxxxxx077;
- c) Indennizzo per ritardo nella migrazione della numerazione xxxxxx410 da gennaio 2014 al 30.7.2014 ;
- d) Indennizzo per mancata informativa al cliente sull’impossibilità della migrazione del numero xxxxxxx077 e sul ritardo nella migrazione del numero xxxxxx410;
- e) Indennizzo per mancato inserimento negli elenchi telefonici;
- f) Storno insoluto e ritiro della pratica recupero crediti.

3. La posizione dell’operatore Fastweb.

Fastweb, in via preliminare, richiedeva l’inammissibilità delle domande non coincidenti con quelle di cui all’istanza di conciliazione.

Nel merito precisava che l’utente aveva sottoscritto una proposta di abbonamento per piccole e medie imprese in data 06/03/2013, con la promozione “Advance – Fidelity 36”, con durata contrattuale minima di 36 mesi, richiedendo la portabilità delle utenze xxxxxx410 e xxxxxxx077.

In data 30.4.2013 veniva attivato il primo DN perché indicato nella PDA come numero singolo ISDN (Integrated Digital Network) , mentre, trattandosi di due distinte numerazioni, l’istante avrebbe dovuto barrare la casella relativa alla linea analogica POTS .

In ogni caso, Fastweb provvedeva ad effettuare ben tre richieste di portabilità del secondo numero (xxxxxxx077) , ricevendo tre bocciature dal Donor con causale “*Directory Number non attivo*”. La responsabilità del mancato passaggio era dunque da ricondursi all’OLO che aveva dismesso la numerazione.

Quanto alla lamentata mancata chiusura del contratto con Fastweb, l'utente aveva richiesto una Portabilità Pura (NPP) che, trasferendo solo la numerazione, implicava la sussistenza della risorsa di accesso intermedio che restava attiva finchè non fosse intervenuta una disdetta. Fastweb aveva dunque correttamente eseguito la NPP richiesta trasferendo il solo numero ad altro operatore e pertanto continuava legittimamente a fatturare i canoni relativi alla risorsa rimasta attiva.

A fronte dei mancati pagamenti, affidava ad una società di recupero crediti la riscossione della somma di Euro 1288,97, contenente anche la penale per il recesso anticipato rispetto al vincolo contrattuale di 36 mesi.

2. La posizione dell'operatore Wind.

Wind dichiara di aver ricevuto dall'operatore Fastweb, in data 17/04/2013, una richiesta di migrazione della linea xxxxxx410 ISDN primaria rispetto alla secondaria xxxxxx077 e la procedura veniva espletata in data 30/04/2013 per entrambe le utenze, come da numero ordine Telecom Italia Wholesale n. C-PO-I-64621658409-I. Nessun reclamo seguiva alla predetta data di migrazione e la fatturazione si interrompeva in data 01/05/2013.

L'operatore, dunque, si dichiarava assolutamente estraneo relativamente al disservizio occorso sulla linea xxxxxx077, atteso che la linea non era più attestata su rete Wind dal 30/04/2013.

Declinava, dunque, ogni responsabilità sulla procedura di migrazione espletata secondo la disciplina applicabile ex Del. 274/07/CONS e s.m..

Quanto al disservizio sulla numerazione xxxxxx077 che, dopo la migrazione del 30.4.2013 ad un certo momento non meglio specificato dall'utente, avrebbe smesso di funzionare, Wind era del tutto estranea, poiché la linea non era più attestata sui sistemi Wind e l'utente non aveva inoltrato alcuna segnalazione in merito.

Per analoga motivazione non era altresì responsabile della perdita della numerazione successivamente al trasferimento in Fastweb.

Precisava inoltre che gli addebiti per il costo di disattivazione erano dovuti.

3. La posizione dell'operatore Telecom Italia

Telecom ha chiesto il rigetto delle domande avanzate dall'utente, precisando che riguardo il preteso ritardato rientro della linea xxxxxx410, Telecom non aveva alcuna responsabilità in quanto l'ordine di lavoro inserito da Telecom era stato inizialmente scartato a causa della presenza sui sistemi informatici di altro, precedente, ordinativo di migrazione inserito da altro operatore con conseguente impossibilità di rilasciare la linea, poi attivata il 31.7.2014.

4. La replica dell'utente.

In replica alla memoria Fastweb, l'utente eccepiva la carenza di allegazione probatoria alla memoria difensiva dell'OLO, dato che il file denominato "allegati" in realtà conteneva non documenti, ma la medesima memoria difensiva già contestualmente trasmessa con la stessa comunicazione.

Evidenziava poi la contraddittorietà delle dichiarazioni di controparte Fastweb che da un lato riferiva di una richiesta portabilità di due numerazioni, per poi precisare di averne importata una soltanto (quella ISDN), in quanto il contratto faceva riferimento esclusivamente ad essa quale numero singolo ISDN; diversamente la seconda linea, analogica, avrebbe richiesto la compilazione di altra specifica tecnica sullo stesso contratto.

Avendo già disconosciuto tale versione contrattuale, l'utente ribadiva che la PDA realmente sottoscritta prevedeva l'importazione di due numerazioni e che eventuali errori nella compilazione della PDA dovevano semmai imputarsi al referente Fastweb con il quale il contratto era stato concluso.

Quanto alle riferite tre bocciature ricevute da Wind su detta seconda numerazione, il gestore, in qualità di Recipient avrebbe dovuto comunicare all'utente l'impossibilità della prestazione.

Contestava inoltre la pretesa contrattuale Fastweb al pagamento delle fatture successive al trasferimento in Telecom per mancata disdetta.

A Telecom, in relazione al tardivo trasferimento dell'utenza xxxxxx410, contestava la mancata comunicazione in merito ai motivi del ritardo.

5. L'udienza di discussione.

All'udienza del 23.3.2017 , l'utente raggiungeva un accordo bonario con la sola Telecom, rimettendo la prosecuzione del procedimento alla decisione finale nei confronti di Wind e Fastweb. Le domande verso Telecom pertanto sono stralciate.

6. Motivazione della decisione.

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

E' condivisibile e viene accolta l'eccezione dell'utente circa la mancata allegazione in memoria delle prove documentali da parte di Fastweb, poiché anche il deposito presso il Corecom sconta lo stesso errore materiale nell'inoltro degli allegati agli scritti difensivi.

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

6.1 Sulle richieste di indennizzo per malfunzionamento dei servizi di rete fissa, Adsl, fax e pos

In punto di diritto si richiama 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 cod. civ, 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.

Con riferimento al malfunzionamento, l'utente ha avanzato una deduzione alquanto generica, non precisando il *dies a quo* a partire dal quale si siano riscontati i disservizi (non potendo essere oggetto di alcuna valutazione l'espressione "dopo un po' di tempo" con riferimento all'attivazione Fastweb del solo numero xxxxxx410) e poi, contraddittoriamente, deducendo che i disservizi si fossero verificati su entrambe le linee, lasciando intendere che insistessero anche sulla linea non migrata.

Altrettanto genericamente ha dedotto di aver segnalato la situazione ad entrambi gli operatori senza esito.

Di tali segnalazioni non ha fornito alcuna prova o deduzione precisa e circostanziata che, oltre all'imprescindibile effetto di messa in mora del/i gestore/i all'intervento, avrebbe consentito l'individuazione del *dies a quo* al quale parametrare la durata del disagio.

A fronte di tali lacune nell'allegazione dei fatti posti alla base della pretesa, la relativa domanda non può essere valutata e pertanto non è accoglibile.

6.2 Sul ritardo nella migrazione del numero xxxxxx410, interruzione del servizio sul numero xxxxxx077 e perdita del numero.

Deduce l'utente che, a fronte di un contratto sottoscritto in data 6.3.2013, la Fastweb attivava il numero xxxxxx410, "dopo un po' di tempo", lamentandone il ritardo.

La deduzione in sé non sarebbe sufficiente alla determinazione del supposto ritardo, se non soccorressero le dichiarazioni di Fastweb, concordi con la schermata di sistema prodotta da Wind, che documentano il trasferimento del numero in data 30.4.2013, ovvero con 25 giorni di ritardo rispetto al tempo massimo previsto per il passaggio tra operatori ai sensi del combinato disposto della legge n. 40/2007 e Delibera 274/07/CONS.

Dalla schermata Wind si evince il trasferimento del numero in Fastweb in data 30.4.2013, in esito ad ordinativo ricevuto a sistema il 17.4.2013; poiché ai sensi della normativa di riferimento sulle migrazioni (OLO2OLO) è il Recipient ad essere responsabile dell'impulso alla procedura, Fastweb avrebbe dovuto adoperarsi tempestivamente al fine di garantire, salvo rimodulazioni consentite, la conclusione della procedura entro e non oltre il 5.4.2013, dovendosi ritenere quindi responsabile del ritardo.

Risultando dalla stessa schermata di sistema che la procedura attivata è quella di Number Portability Pura (NPP) – pur a fronte di una proposta contrattuale di trasferimento ex Del. 274/07/CONS- spetta all'utente l'indennizzo per ritardo nella portabilità del numero prevista dall'art. 6.1 e 12.2 allegato A alla Del.73/11/CONS per l'importo di Euro 250,00 da porsi a carico di Fastweb.

Quanto all'interruzione dell'utenza n. xxxxxxx077, con conseguente perdita del numero, che Wind imputa a Fastweb sostenendo di aver trasferito i due numeri contestualmente in data 30.4.2013 e che invece Fastweb imputa a Wind, affermando di aver attivato in data 30.4.2017 solo il n. xxxxxx410, restando l'altro in gestione Wind, - tant'è che risultano successivi tentativi di importazione del numero bocciati in quanto il DN risultava cessato (ordini di cui tuttavia non vi è prova)- , osta irrimediabilmente all'analisi della dinamica della vicenda, la mancata indicazione da parte dell'utente del giorno di interruzione, che riferisce che *"un giorno"* l'utenza risultò interrotta con comunicazione, al tentativo di chiamata, di "utenza inesistente"; dalla narrazione dei fatti può dunque solo inferirsi che l'evento sia successivo al 30.4.2013, data di trasferimento del solo numero xxxxxx410 in Fastweb, fatto di cui l'utente dimostra di essere compiutamente a conoscenza, vista la deduzione specifica introdotta con l'istanza; inoltre riferisce che dopo tale trasferimento si erano verificati disservizi sulle linee (entrambe, visto che si riferisce anche a fax e pos servizi presumibilmente attestati sulla secondaria) e che si era rivolto ad entrambi i gestori considerando con ogni probabilità che una delle due non fosse migrata; che in occasione dell'interruzione aveva ricevuto l'informativa da Fastweb che la linea secondaria non era migrata perché risultava già disattivata (da Wind); quanto ai riscontri in atti, la schermata Wind non prova il trasferimento di entrambe le numerazioni, ma solo della xxxxxx410 come risulta dal campo "DN" associato alla stringa e come provato dalla procedura di trasferimento adottata, ovvero la NPP ex del 35/10/CONS con Wind Donating (*Par. 1.5. Fornitura del codice segreto al cliente ed avvio della procedura. Principi generali; punto 18*).

Ciò detto, il periodo di interruzione non può essere temporalmente individuato sia per mancata indicazione del dies a quo sia per riferita, contestuale contrattualizzazione di un nuovo numero con Telecom Italia, sostitutivo di quello perso per il funzionamento di fax e pos, servizi evidentemente attivi su quella linea; evento anch'esso, quale dies ad quem, affatto collocato nel tempo.

Tuttavia può essere affrontato l'evento in sé della perdita del numero, come fatto oggettivo, al netto della non provata circostanza –e neppure dedotta- di averne mai richiesto la riattivazione prima di contrattualizzare un nuovo numero.

Considerate le circostanze di fatto dedotte dall'utente di cui sopra, nonché le risultanze della schermata offerta in deposito da Wind che prova il passaggio del solo DN xxxxxx410 mediante procedura di NP PURA che, come noto, ai sensi della Del.35/10/CONS trasferisce il solo numero (DN contenuto nel campo COS della stringa del codice segreto), la disattivazione avvenuta in assenza di notifica di avvenuto espletamento dell'importazione, deve necessariamente attribuirsi a Wind, con conseguente responsabilità della perdita del numero.

Tuttavia l'utente non ha provato il numero di anni di titolarità della numerazione xxxxxxx077, onere sullo stesso incombente: l'istante ha infatti prodotto il documento di riepilogo del contratto n.CWLNA0609061156 del 23.10.2006 per l'attivazione del piano Infostrada TuttoIncluso, con attivazione della nuova numerazione xxxxxx410 e contestuale diniego sottoscritto al suo inserimento negli elenchi telefonici. Nessuna evidenza dunque, della seconda linea andata persa, neanche nelle ultime fatturazioni Wind, dove compare unicamente la xxxxxx410.

Non è pertanto provata per tabulas l'attivazione già dal 2006 della linea che Wind definisce secondaria, che tuttavia compare nella PDA del 2013 ai fini del suo trasferimento in Fastweb e che risulta unicamente nel campo "Numeri aggiuntivi" della schermata Pitagora prodotta da Telecom Italia (Wholesale), per l'attivazione a Fastweb in ULL con DAC_OLO del 31.12.2012.

Attese dunque le risultanze documentali, risulta provata la sussistenza della linea solo per l'anno 2013, stesso anno nel quale è andata asseritamente persa.

Spetta dunque all'utente l'indennizzo previsto dall'art.9 e 12.2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS per la perdita della numerazione xxxxxxx077, per una anno di titolarità della stessa (2013), per l'importo di Euro 400,00 da porsi a carico di Wind.

6.3 Sulla mancata informativa circa l'impossibilità della migrazione del numero xxxxxxx077 e sul ritardo nella migrazione del numero xxxxxx410;

Le domande non sono accoglibili posto che è l'utente stesso a riferire di essere stato informato da Fastweb, prima sull'attivazione del solo n. xxxxxx410 e poi sull'impossibilità di attivare il n. xxxxxxx077 poiché risultava disattivato. Quanto al ritardo nella migrazione del n. xxxxxx410, l'accertamento della responsabilità di Fastweb in via principale per il ritardo, assorbe ogni domanda subordinata in merito agli oneri informativi.

6.4 Storno insoluto e ritiro della pratica recupero crediti.

L'utente ha dedotto che Fastweb avesse continuato a fatturare per il numero xxxxxx410, nonostante l'avvenuto passaggio in Telecom il 30 luglio 2014, cedendo poi il credito ad una società incaricata del recupero.

Fastweb ha obiettato che fosse stata richiesta una procedura di portabilità pura per cui, restando attiva la risorsa di accesso in Fastweb, la sua dismissione necessitasse di apposita disdetta.

La circostanza addotta è smentita per tabulas, laddove entrambe le versioni della PDA Fastweb, presentano compilati i campi relativi alla procedura di migrazione ex Delibera n.. 274/07/CONS, ragion per cui l'eventuale adozione di una procedura tecnica operativa diversa da quella ipotizzata, non può assumere alcun rilievo per l'utente che intendeva meramente trasferire due utenze con il nuovo gestore indipendentemente dalla procedura utilizzata e non era tenuto a conoscere le diverse implicazioni delle due procedure, né all'atto di stipula, né successivamente nella fase operativa del passaggio.

Fastweb è pertanto tenuta a stornare l'insoluto facente capo all'utente, a partire dal 30.7.2013, nonché al ritiro della pratica di recupero del credito.

6.5 Indennizzo per mancato inserimento negli elenchi telefonici

La domanda non è accoglibile per assoluta indeterminatezza, in quanto non si evince per quale numerazione venga avanzata, né quale gestore sia ritenuto ipoteticamente responsabile dell'inadempimento, né tantomeno è provata la fonte negoziale del diritto da cui nascerebbe la pretesa (modulo di richiesta di inserimento in elenco allegato ad una delle PDA).

L'unico modulo depositato a corredo della PDA Wind del 6.3.2013, è , invece, quello in cui espressamente si nega il consenso all'inserimento in elenco della numerazione xxxxxx410.

Non risultano altri elementi utili alla disamina.

7. Sulle spese di procedura

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del *Regolamento*, l'importo di euro 200,00 da suddividersi tra le due società, nella misura di Euro 100,00 ciascuna, tra Fastweb e Wind.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

vista la relazione del responsabile del procedimento ;

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza della Società F.RI.SAN.FXXX nei confronti delle società Fastweb XXX e Wind Tre XXX .
2. La società Fastweb è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - Euro 250,00 (duecentocinquanta/00) ai sensi degli artt. 6 comma 1 e 12, comma 2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi.
3. La Società Fastweb è tenuta inoltre a stornare le fatture insolute emesse a far data dal 30.7.2013 nonché a ritirare la pratica di recupero crediti.
4. La società Wind Tre è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
 - Euro 400,00 ai sensi dell'art.9 e 12, comma 2 Allegato A alla Delibera Indennizzi .
5. Le società Fastweb XXX e Wind Tre XXX sono tenute, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
6. 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.
7. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
8. 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).

Roma, 28/11/2017

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto