

DELIBERA N. 43/12/CRL

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

BAIOCCO/FASTWEB

IL CORECOM LAZIO

NELLA riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 22.10.2012;

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

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1° gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995 n. 481" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 6/06/2011, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/346/2011, con cui il sig. ■■■■ Baiocco ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Fastweb ■■■■ (di seguito, per brevità, "Fastweb");

VISTA la nota del 19/07/2011 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia, invitando le parti a produrre memorie e documentazione, nonché un ulteriore termine per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTA la nota del 1 settembre 2011, con cui l'istante ha presentato la memoria difensiva e i documenti;

VISTA la nota del 9 novembre 2011 con cui le parti sono state convocate per l'udienza di discussione del 6 dicembre 2011;

UDITO l'operatore Fastweb all'udienza del 6 dicembre 2011;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

1.a. L'istante, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- Il sig. Baiocco, titolare di un contratto Fastweb per la fornitura del servizio telefonico per una utenza fissa residenziale con servizi attivati il 21 dicembre 2009, con raccomandata a/r del 24 dicembre 2009 comunicava all'operatore il recesso ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. 185 del 22 maggio 1999;
- con successivo fax del 14 gennaio 2010, revocava la disdetta e chiedeva la migrazione verso l'operatore Wind;
- nonostante le numerose richieste da parte di Wind di rilascio della linea, Fastweb non dava seguito alla migrazione;
- con successivo fax del 25 novembre 2010, l'istante reiterava la disdetta del servizio e la richiesta di rilascio della linea;
- con l'istanza di conciliazione, chiedeva il rilascio della linea da parte di Fastweb;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, Fastweb chiedeva la convocazione dell'operatore Wind. Alla successiva udienza, alla quale veniva convocato anche Wind, l'istante reiterava la domanda e chiedeva un indennizzo. Wind non compariva e Fastweb declinava la propria responsabilità. L'udienza si concludeva quindi con esito negativo;
- con l'istanza di definizione svolta nei confronti del solo operatore Fastweb, l'utente reiterava la domanda di rilascio della linea, ancora non avvenuto e chiedeva il risarcimento del danno subito;
- con memoria del 1 settembre 2011, l'istante precisava che il servizio era ancora attivo con Fastweb; di aver comunicato telefonicamente all'operatore Wind il codice di migrazione, non essendogli mai stato richiesto l'inoltro per iscritto; produceva una

copia della proposta di contratto Infostrada mai formalizzata in attesa della migrazione da Fastweb; chiedeva un indennizzo di Euro 300,00, considerato quanto corrisposto a Fastweb nel periodo dicembre 2009/agosto 2011, pari a circa Euro 700,00; sottolineava la mancata comparizione di Wind all'udienza per il tentativo di conciliazione;

- all'udienza del 6 dicembre 2011, l'istante non compariva e Fastweb precisava che l'utente aveva trasferito la linea ad altro operatore.

2. Motivi della decisione.

A. Sul rito

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

Questo premesso, si rileva anzitutto che, ai sensi dell'art. 19 comma 4 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

In applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione e sulla base della documentazione prodotta dall'istante, la domanda di risarcimento da questi svolta può essere interpretata e limitata come domanda di condanna della Fastweb al pagamento di un indennizzo in conseguenza di un eventuale comportamento illegittimo dell'operatore, nella fattispecie rappresentato dal mancato rilascio della linea per la migrazione ad altro operatore, protratto per circa due anni.

B. Nel merito

La controversia verte sulla migrazione di un'utenza di telefonia fissa dall'operatore Fastweb all'operatore Wind, che, secondo quanto dichiarato dall'utente, sarebbe stata ostacolata da Fastweb per circa due anni.

Si premette che l'operatore Fastweb non ha svolto alcuna attività difensiva, e che non ha presentato memorie e documenti, applicandosi pertanto quanto disposto dall'art. 115, c. 1, c.p.c., come modificato dalla Legge n. 69/2009, da considerarsi in questa sede come disposizione espressiva di un principio ordinamentale che consente di fondare la decisione sui "fatti non specificamente contestati dalla parte costituita".

L'utente ha dedotto di aver stipulato con l'operatore Fastweb un contratto di telefonia con servizi attivati il 21 dicembre 2009, di aver esercitato il diritto di recesso il 24 dicembre 2009, di aver successivamente revocato la disdetta e aver chiesto, con lettera fax del 14 gennaio 2010, la migrazione verso Wind, e che, a causa dei problemi frapposti da Fastweb, la migrazione non è stata effettuata per circa due anni.

Le circostanze dedotte, ed in parte documentate, devono ritenersi provate, stante la mancata specifica contestazione da parte di Fastweb.

Per valutare la condotta dell'operatore, occorre brevemente richiamare la disciplina della migrazione.

Nella procedura "OLO2OLO" (quelle in cui un consumatore intenda trasferire la propria utenza da un operatore *donating* "OLO" - vale a dire, diverso da Telecom - ad un altro "OLO"), disciplinata dalla delibera 274/07/CONS e dalle successive integrazioni e modifiche, l'AGCOM ha previsto che la relativa attivazione sia effettuata a cura dell'utente, che, allo scopo, può contattare il suo nuovo operatore *recipient* oppure il proprio *donating*. Va tuttavia sottolineato che il ruolo assegnato all'utente all'interno di tale procedura si esaurisce nella fase di avvio della stessa, di talché il buon esito di quest'ultima dipende in misura pressoché esclusiva dai suddetti operatori *recipient* e *donating* (oltre che, in misura minore, da Telecom), cui sono rimesse tutte le verifiche e gli adempimenti tecnici necessari. L'art. 18 della delibera conferisce infatti un ruolo fondamentale agli operatori *donating* e *recipient*, dal cui comportamento diligente e collaborativo dipende, in concreto, l'effetto utile del diritto previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/07.

In forza di tale articolo 18, come modificato dalla Delibera n. 41/09/CIR, l'utente può a sua scelta, inoltrare la richiesta di migrazione all'operatore *recipient* o all'operatore *donating*. In quest'ultimo caso "l'operatore *donating*, entro: I) 10 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta di cui al punto a) a far data dal 1 novembre 2009; II) 5 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta di cui al punto a) a far data dal 1 marzo 2010, comunica all'operatore *recipient* la volontà del cliente. L'operatore *recipient* trasmette la richiesta di migrazione alla divisione rete dell'operatore notificato, indicando la data attesa di consegna concordata con il cliente....*omissis*."

In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, 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.

Nella fattispecie, avendo l'utente inoltrato la richiesta di migrazione all'operatore *donating* ed avendo lamentato il suo inadempimento, spettava a Fastweb provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per avviare, nei tempi normativamente previsti, la migrazione, e cioè provare di aver comunicato all'Olo *Recipient* Wind la volontà del cliente, oppure provare che il ritardo venne determinato da circostanze o da problematiche tecniche a lui non imputabili.

Fastweb, nonostante quanto richiesto con la lettera di avvio del procedimento, non ha invece prodotto alcun elemento probatorio in merito all'intera vicenda, con ciò dovendosi

concludere che non abbia tempestivamente adempiuto all'obbligo di comunicare la volontà del cliente all'Olo *recipient*, non avviando, nei termini previsti, la procedura di migrazione.

In mancanza di qualsivoglia prova e attività difensiva, si ritiene dunque che la condotta di Fastweb non sia stata conforme agli obblighi posti a suo carico dalla normativa vigente e che sussista una sua responsabilità ex artt. 1176 c.c. per non avere adempiuto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata ed ex art. 1218 c.c. per il ritardato adempimento, con conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo per la ritardata migrazione.

Ai fini della determinazione del periodo indennizzabile, si prende a riferimento, quale dies a quo, il 24 gennaio 2010 (ovvero calcolando dal 14 gennaio i dieci giorni previsti dalla normativa per la comunicazione al *recipient*) e quale dies ad quem l'11 novembre 2011 (data in cui, come comunicato dall'utente, si è conclusa la migrazione).

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, considerata la durata del ritardo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 3 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 984,00.

C. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *“del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione”*.

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 (cento/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO che per quanto precede la domanda del sig. ■■■ Baiocco sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 100,00 (cento), quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dal sig. ■■■

Baiocco in data 6 giugno 2011.

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

- a) Euro 984,00 a titolo di indennizzo per il ritardo nella migrazione, oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia.
- b) Euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura,

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'articolo 11 comma 4 della delibera n. 179/03/CSP.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della delibera n.173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104, il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 22 ottobre 2012

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Ines Dominici

Fto