DELIBERA N. 49/12/CRL
DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
PRINCIPIO MORTELLARO/ 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 24/05/2011, rubricata al n. LAZIO/D/306/2011 del Protocollo del Corecom Lazio, con cui il █████ Principio Mortellaro (di seguito, per brevità, Sig.Mortellaro) ha chiesto l'intervento del Corecom per la definizione della controversia in essere con la società Fastweb █████ (di seguito, per brevità, Fastweb);

VISTA la nota del 11/07/2011 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 deferita controversia, invitando le parti stesse, a produrre memorie e documentazione, nonché integrazioni e repliche alle produzioni avversarie;

VISTE le memorie e i documenti depositati dalle parti;

UDITE le parti all'udienza del 27/9/2011;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Svolgimento del procedimento.

1a) Il sig. Mortellaro promuoveva, con istanza davanti al Corecom Lazio il 18/3/2011, un procedimento di conciliazione nei confronti di Fastweb, lamentando l'opposizione al rilascio della linea da parte del gestore ai fini della migrazione in Tiscali Italia █████(di seguito, per brevità, Tiscali) e un disservizio tecnico protrattosi nel periodo settembre-ottobre 2010. Richiedeva, pertanto, l'immediato avvio del processo di migrazione, il risarcimento per il disservizio occorso e la conservazione della numerazione nel passaggio ad altro operatore.

1b) Con l'istanza introduttiva del presente contenzioso, il sig. Mortellaro lamentava l'opposizione al rilascio della linea da parte di Fastweb ai fini della migrazione in Tiscali e un disservizio tecnico protrattosi nel periodo settembre-ottobre 2010 e aprile-maggio 2011. Richiedeva, pertanto, l'immediato avvio del processo di migrazione, l'indennizzo per il mancato servizio nei mesi indicati, nonché l'annullamento della fattura del mese di marzo 2011 e l'accredito di un indennizzo riconosciuto e mai corrisposto da Fastweb per disservizi nel periodo di settembre – ottobre 2010. Lamentava, altresì, la mancata assistenza sulla procedura prevista per la riconsegna degli apparati. All'udienza, fissata per il giorno 27/9/2011, Fastweb non accordava le richieste dell'utente.

1c) Il sig. Mortellaro in ottemperanza alle richieste istruttorie avanzate dal Corecom Lazio con la nota di avvio del procedimento, depositava copia della missiva inviata a Fastweb al fine di dimostrare il proprio interesse alla migrazione verso altro gestore e non alla disdetta del rapporto contrattuale in essere. Altresì, chiariva che gli episodi di parziale/ mancata fornitura del servizio di fonia fissa e di accesso ad internet erano riconducibili al mese di settembre 2010, come dimostrato dal reclamo inviato a mezzo fax il 23/9/2010, - tuttavia non depositato con le memorie - ed evidenziava che, nonostante le reiterate richieste inviate per la risoluzione dei disservizi lamentati, la società non dava riscontro. Rimetteva pertanto al Corecom la quantificazione dell'indennizzo richiesto per l'omessa migrazione e susseguente distacco della linea, nonché di quello dovuto per i lamentati disservizi al servizio vocale ed internet.

1d) Fastweb produceva memoria di riepilogo dei fatti, sostenendo l'assenza di responsabilità nella mancata migrazione verso l'operatore Tiscali e contestando, altresì, la mancata erogazione

del servizio telefonico per il periodo indicato dall'utente, dimostrando documentalmente l'utilizzo del servizio.

Invero, a seguito della richiesta di disdetta del rapporto contrattuale in essere, inviata dall'utente con raccomandata il 31/1/2011, Fastweb avviava il processo di disattivazione, con chiusura del contratto e restituzione della risorsa a Telecom Italia [REDACTED]

Solo dopo l'avvio della procedura di dismissione perveniva da Tiscali richiesta di migrazione che veniva, dunque, rigettata con la seguente motivazione "*cliente in cessazione*". Adduceva, altresì, l'ingiustificato indennizzo per i disservizi lamentati dall'utente nel periodo indicato, considerato il regolare utilizzo del servizio. Con riferimento alla mancata informativa lamentata dall'utente, precisava di aver fornito tutte le informazioni relative alla disattivazione ed alle modalità di restituzione degli apparati al momento dell'avvio della procedura medesima, nonché di aver risposto al reclamo del 10/3/2011 con sms inviato in pari data.

1c) Tiscali, chiamata nel presente contenzioso esclusivamente ai fini istruttori di cui all'art.18, comma 2 del Regolamento, precisava di aver ricevuto dal sig. Mortellaro richiesta di attivazione del servizio "*Tiscali Unica*". A seguito della comunicazione del codice di migrazione, Tiscali inviava richiesta di migrazione a Fastweb la quale, in data 24/2/2011, notificava un rifiuto con la seguente motivazione: "*Cliente in cessazione o cessato*". Tiscali concludeva dunque, di non aver mai acquisito la titolarità della linea in oggetto a causa dell'impedimento alla migrazione, comunicato dall'OLO *Donating* con KO.

2. Motivi della decisione.

2 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 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.

2 b) Nel merito

2.b.1. Sul malfunzionamento e mancato servizio nel periodo di settembre/ottobre 2010 e maggio 2001.

Nel merito del malfunzionamento della linea telefonica e collegamento ADSL lamentato dall'utente nel bimestre settembre-ottobre 2010, con episodi di interruzione riconducibili al mese di settembre 2010, periodo cui risale il citato reclamo del 23/9/2010, si ritiene la parziale fondatezza delle pretese formulate dall'utente.

Posto che ai sensi dell'art. 3 comma 4 della Delibera 179/03/CSP, infatti, gli organismi di telecomunicazione devono offrire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, ad eccezione di quelle dovute ad interventi di manutenzione e riparazione, nel presente contenzioso è documentalmente provato l'utilizzo del servizio voce di Fastweb. Ciò si evince dal dettaglio dei consumi prodotto dal gestore riferito ad un periodo che va dal luglio 2010 al marzo 2011, e comprensivo pertanto del mese di settembre, laddove non è dato rilevare per la fonia, un uso limitato o difforme per frequenza, durata dei contatti e costi, rispetto alle mensilità anteriori e successive, utilmente depositate. Il gestore ha pertanto dimostrato di aver garantito l'erogazione del servizio relativa al periodo indicato.

Quanto invece al servizio di connessione internet, la pretesa deve ritenersi fondata in quanto le stesse fatturazioni comprensive del dettaglio dei consumi non includono alcuna rilevazione delle connessioni internet, presuntivamente in ragione del profilo tariffario applicato "Naviga senza Limiti" che, prevedendo una navigazione illimitata e gratuita 24/h/24, non necessita di una specifica inclusione del traffico dati nel ciclo di fatturazione.

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 dedotto il malfunzionamento anche del collegamento ADSL nel periodo indicato, spettava a Fastweb provare di aver garantito la regolare e continua erogazione del servizio mediante esibizione delle rilevazioni o delle registrazioni delle connessioni effettuate nel periodo, oppure provare che il disservizio venne determinato da circostanze o da problematiche tecniche ad essa non imputabili.

Ai fini della determinazione del periodo indennizzabile, si fa riferimento al periodo così come precisato dall'utente negli scritti difensivi e cioè ai mesi di settembre e ottobre 2010, ed alle uniche segnalazioni di guasto dallo stesso citate e cioè la pratica aperta con il Call Center n. 1.2532801199 del 21/9/2010 ed il fax del 23/9/2010 non depositato agli atti. Si assume in particolare quale dies a quo, la data più risalente, ovvero quella della segnalazione telefonica e, quale dies ad quem, in mancanza di un'indicazione specifica sulla data, si deve ricomprendere necessariamente l'intero mese di ottobre. L'intervallo va poi decurtato delle 24 ore indicate dal punto 24 della *Carta dei Servizi Fastweb*, quale tempo tecnico di risoluzione del guasto.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, comma 2 della Delibera Indennizzi e punto 25, ultimo cpv e 29 della Carta Servizi Fastweb, si riconosce l'importo di Euro 195,00 (centonovantacinque/00).

Con riferimento all'ulteriore periodo di maggio 2011, deve intendersi che l'utente abbia fatto riferimento al periodo interessato dalla mancata migrazione e dalla susseguente disattivazione e pertanto sarà trattato al punto successivo.

2.b.2. Sull'omessa portabilità e disattivazione dell'utenza

In ordine al mancato rilascio della linea telefonica e alla conseguente omessa migrazione verso l'operatore Tiscali, si osserva che in materia di cambiamento dei fornitori di accesso, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – nell'intento di dettare misure “*a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3 della legge 2 aprile 2007 n. 40*” – ha adottato la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, con cui ha introdotto una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi. In particolare, l'articolo 17, comma 2, stabilisce che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale. Il seguente art. 18 inoltre, prevede, al comma 2, lettere a e b che il cliente finale possa comunicare la richiesta di migrazione all'operatore *Recipient* e che quest'ultimo fornisca la comunicazione della richiesta di migrazione con appositi mezzi informatici all'operatore *Donating*, senza indugio, e comunque entro 1 giorno lavorativo dalla ricezione della richiesta. In alternativa a tale procedura, il cliente finale può optare per trasmettere la richiesta di migrazione all'operatore *Donating* che sarà tenuto a trasmetterla all'operatore *Recipient* (lettera h).

Orbene, venendo al caso che ne occupa, l'utente inviava missiva all'OLO Donating Fastweb avente ad oggetto, non la migrazione verso altro operatore, bensì la disdetta del contratto in essere. Pur contenendo detta comunicazione un sintetico riferimento alla avvenuta scelta di passare ad altro OLO, il contenuto formale e sostanziale è riconducibile a quello della disdetta di un rapporto contrattuale e non all'ipotesi di cui al citato art.18, comma 2, lett.h) della delibera 274/07/CONS, per la quale Fastweb sarebbe stata onerata dell'avvio della migrazione. A seguito pertanto di tale disdetta, FASTWEB, in data 10.2.2011, dava regolare avvio alla procedura di disattivazione, conclusasi con la chiusura definitiva del contratto e la restituzione a Telecom Italia ██████ della risorsa di rete.

Tale circostanza è peraltro compatibile con la tempistica evidenziata dagli atti depositati, dai quali risulta che, benché l'utente abbia aderito all'offerta e inoltrato la richiesta di migrazione al *Recipient* Tiscali in data 7/1/2012, cioè anteriormente alla disdetta inviata al *Donating*, tuttavia il *Recipient* abbia processato per via telematica la suddetta richiesta solo in data 21/2/2011, quando la procedura di dismissione della linea era stata già avviata e la richiesta risultava pertanto incompatibile con la volontà dell'utente espressa nella missiva del 31/1/2011.

Pertanto Fastweb, in assenza di una richiesta di migrazione da parte del Recipient processata secondo i dettami dell'art.18, comma 1, lett. a) e tenuta, d'altro canto, al rispetto dei termini contrattuali previsti per la lavorazione della disdetta, non poteva che dare esecuzione alla richiesta dell'utente di cessazione del rapporto contrattuale, ragion per cui nella mancata migrazione della risorsa numerica intestata all'utente non risulta riscontrabile alcuna responsabilità del detto gestore.

La domanda di indennizzo a tale titolo proposta dall'utente, deve dunque essere rigettata.

Conseguentemente deve anche rigettarsi l'indennizzo richiesto per la mancata erogazione dei servizi nei tre mesi successivi alla disattivazione della linea, quale effetto legittimo della cessazione del rapporto contrattuale.

2.b.3.) Sull'annullamento della fattura emessa successivamente alla risoluzione contrattuale.

In merito alla richiesta avanzata dall'utente di annullamento della "fattura del marzo 2011" per mancata fruizione dei servizi Fastweb, in quanto successiva al distacco della linea avvenuto in data 8/3/2011, deve dichiararsi cessata la materia del contendere per i seguenti motivi.

L'utente ha depositato il frontespizio della fattura n. ■■■ del 28/2/2012, con scadenza 30 marzo 2011, fattura che è stata altresì prodotta integralmente dal gestore, completa del dettaglio delle voci di costo e dei consumi. Ad esclusione dei consumi di fonìa, certamente non sono dovute le somme a titolo di canone anticipato sui mesi di marzo ed aprile 2011 perché successivi alla cessazione del contratto e pertanto rimborsabili all'utente. Tuttavia il gestore ha depositato anche la fattura del successivo bimestre, la n. ■■■ del 30/4/2011, con la quale sono stati riaccreditati i canoni di marzo ed aprile, al netto della quota parte trattenuta per il godimento del servizio, dall' 1 al 7 marzo 2011, come confermato dal dettaglio dei consumi. Risulta inoltre dovuto il corrispettivo addebitato per la mancata restituzione degli apparati (di cui *infra*).

2.b.4.) Sulla restituzione degli apparati.

In ordine alla restituzione degli apparati si osserva che Fastweb ha dimostrato documentalmente di aver correttamente e tempestivamente fornito all'utente le informazioni circa la restituzione degli apparati e le penali applicabili in caso di mancata consegna nei termini (cfr. emails del 10/2/2011 ore 17.59 e 18.00), invitando il cliente a consultare il sito internet dedicato e fornendo il link specifico al fine di trovare il negozio Fastweb più vicino cui rivolgersi. Avvisi dello stesso tenore sono stati peraltro reiterati con due sms in data 10/3/2011, come asserito dall'utente stesso. Non rilevano, al fine di imputare omissioni al gestore, le circostanze riferite dall'utente, il quale, lamentando la chiusura del rivenditore Fastweb al quale si era rivolto a due giorni dal termine di scadenza, non effettuava la detta restituzione in quanto, ripresentatosi a termini scaduti, questa gli veniva rifiutata.

2.b.5.) 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" e che "quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la

conciliazione senza addurre giustificati motivi” vadano comunque “rimborsate all’utente, se presente all’udienza ed indipendentemente dall’esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l’esperimento del tentativo di conciliazione”.

Quanto alle spese della procedura – rilevato che entrambe le parti hanno partecipato alle udienze di conciliazione e di definizione, e considerate le difese svolte, 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

*****

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dal sig. Mortellaro sia da accogliere parzialmente, nei termini esposti in motivazione;

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/00), 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. ■■■■■ Principio Mortellaro in data 24.05.2011.

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 195,00 a titolo di indennizzo per il malfunzionamento del servizio internet, 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.

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.

Ai sensi dell’articolo 135, comma 1, let. 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'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'AGCOM per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito web del Corecom Lazio, www.corecomlazio.it.

Roma, 22 ottobre 2012

Il Presidente

Francesco Soro

Fto

Il Dirigente responsabile del procedimento

Ines Dominici

Fto