DETERMINA N.
Dxxx Cxxx / OPTIMA-FASTWEB
(Lazio/D/804/2016)

IL DIRETTORE

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 28 novembre 2017, approvato con delibera 395/17/CONS;

VISTA la Convenzione per il conferimento e l’esercizio della delega di funzioni ai comitati regionali per le comunicazioni sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio il 5 marzo 2018;

VISTA la legge della Regione Lazio 28 ottobre 2016, n. 13, istitutiva e disciplinante l’organizzazione ed il funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni (Co.re.com);

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 denominato “Regolamento indennizzi”);

VISTA l’istanza dell’utente acquisita con protocollo n. 4431 del 24/10/2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante, nell’istanza introduttiva del procedimento a mezzo di istanza GU14 inviata al Co.Re.Com con pec del 24.10.2016, lamentava nei confronti di Fastweb Spa (di seguito per brevità anche “Fastweb”) e di Optima Italia Spa (di seguito per brevità anche “Optima”), quanto di seguito dedotto:

- i. di essere stato intestatario delle numerazioni, basate su servizio ISDN, 0773.4xxxx7 (linea "principale") e 0773.4xxxx6 (linea "secondaria") sin dal giorno 07.07.2014 per effetto di contratto sottoscritto con l'operatore Optima Italia Spa;
- ii. di aver sottoscritto in data 10.04.2015 con Fastweb un contratto per la fornitura dei servizi voce e adsl, sia per la sua abitazione privata che per la sua attività commerciale (Agenzia Immobiliare);
- iii. l'istante contesta delle problematiche proprio sull'utenza "business" sulla quale, per effetto di migrazione, attivava, come già indicato il giorno 10.04.2015, il piano "Advance Freedom";
- iv. successivamente all'attivazione ed anche all'erogazione delle prime fatture l'istante si accorgeva dell'impossibilità di effettuare chiamate verso l'esterno dal numero 0773.4xxxx7 (linea "principale");
- v. dopo aver proceduto a contattare sia il precedente operatore Optima che il nuovo Fastweb, l'istante, solo a febbraio del 2016, riesce ad ottenere la conferma della migrazione del numero 0773.4xxxx7 a Fastweb;
- vi. nonostante gli svariati tentativi di ottenere delle spiegazioni, l'istante non riusciva ad ottenere delle informazioni sulla sorte del numero 0773.4xxxx6 (linea "secondaria") che non risultava migrato a Fastweb e non era più gestito da Optima.

Su quanto assunto, l'istante, con il deposito del Formulario GU14 inviato via Pec in data 24.10.2016, chiedeva:

- "rimborso totale delle fatture pagate doppiamente una volta stabilite le responsabilità";
- "indennizzo in base alla responsabilità dei gestori per tutti i disservizi subiti e la perdita del numero 0773.4xxxx6".

2. La posizione dell'operatore

Degli operatori indicati dall'istante solo Fastweb compariva nelle udienze di conciliazione e di definizione e depositava memorie.

Fastweb, con memoria trasmessa a mezzo Pec del 02.12.2016, contestava tutte le affermazioni e deduzioni dell'istante e si opponeva alle richieste così come formulate per le seguenti ragioni:

"In via principale, Fastweb chiede sin d'ora l'inammissibilità delle richieste formulate con l'istanza ex art. 14 Delibera n. 173/07/CONS nella parte in cui queste non siano coincidenti con le richieste di cui all'istanza di conciliazione, ovvero non abbiano formato oggetto del tentativo di conciliazione".

"Per quanto attiene al merito, Fastweb rileva la totale infondatezza dell'istanza per i motivi di seguito rappresentati. L'istante lamenta la portabilità del solo numero telefonico (0773.4xxxx7) e la mancata portabilità, a suo dire, del numero 0773.4xxxx6, nonché una doppia fatturazione sia da Fastweb, che avrebbe portato il numero a febbraio 2016 e sia da Optima, precedente gestore dell'Istante.

L'istante è un cliente Fastweb titolare di una Proposta di Abbonamento per "Piccole e Medie Imprese" (di seguito: PDA) sottoscritta in data 10 febbraio 2015 ... attivato il contratto in data 10.04.2015... attivazione...effettuata nei termini previsti dalle Condizioni Generali di Contratto... la PDA sottoscritta

dall'Istante e dai suoi allegati, appare evidente che l'Istante abbia richiesto la "Number Portability" (di seguito: NP) solo per il numero 07734xxxx7, come risulta dal modulo NP sottoscritto dall'Istante il 10.02.2015".

"...In relazione alla presunta perdita del numero (0773.4xxxx6), si ripete non oggetto del contratto, l'Istante dovrà rivolgere le proprie doglianze all'operatore Optima, in quanto, come già sopra evidenziato, per detto numero l'Istante non ha richiesto la portabilità e quindi sarà il suo precedente gestore a dover rispondere e a cui attribuire, se del caso, la responsabilità per la perdita"

La difesa di Fastweb concludeva sostenendo che, in base a quanto esposto: *"...nessun tipo di responsabilità possa essere attribuito a Fastweb, la quale ha adempiuto sempre correttamente alle proprie attività. Pertanto, dalle suddette argomentazioni ne deriva l'infondatezza dell'istanza che deve essere respinta"*

3. Motivazione della decisione

L'istanza presentata soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile.

Sulla richiesta preliminare d'inammissibilità delle richieste formulate nella parte in cui queste non siano coincidenti con le richieste di cui all'istanza di conciliazione ovvero non abbiano formato oggetto del tentativo di conciliazione.

È principio ormai pacifico a seguito di consolidato orientamento di questa Autorità che *"Ai fini dell'ammissibilità della domanda in sede di definizione è sufficiente accertare che l'oggetto della richiesta di definizione sia lo stesso già sottoposto al tentativo di conciliazione, nel senso che non si richiede che le istanze siano identiche ma che la questione discussa sia la medesima. Tuttavia, non si deve in ogni caso consentire l'ampliamento della controversia a questioni ulteriori ed aggiuntive, al fine di non aggirare il principio di obbligatorietà della fase conciliativa"* (Cfr. tra le tante; Co.Re.Com Calabria, del. n. 15/11; Co.Re.Com Umbria, del. n. 4/11; Co.Re.Com Emilia-Romagna, del. n. 1/12; Co.Re.Com Emilia-Romagna, del. n. 46/11; Co.Re.Com Lazio, del. n. 27/11; Co.Re.Com Lazio, del. n. 68/11; Co.Re.Com Marche, del. n. 75/16).

Ne consegue che *"Deve essere dichiarata inammissibile la domanda sollevata per la prima volta in sede di definizione della controversia, costituendo ius novorum non sottoposto al tentativo di conciliazione"* (cfr., Co.Re.Com Calabria, del. n. 21/11; Co.Re.Com Marche, del. n. 75/16).

A tal fine, come più volte precisato dalla Suprema Corte di Cassazione *"si ha domanda nuova quando si avanzi una pretesa oggettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un petitum diverso e più ampio oppure una causa petendi fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e in particolare su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo"*(cfr. Cass., sentenza n.18513/2007; sentenza n. 7579/2007; sentenza n. 7524/20059).

Pertanto, la richiesta preliminare così come formulata non può essere accolta, in quanto appunto considerata “nuova”.

Per quanto attiene al rimborso totale delle fatture pagate doppiamente una volta stabilite le responsabilità, quanto segue.

In tema di migrazione da un gestore ad un altro, come ampiamente indicato in precedenti decisioni del Co.Re.Com (tra le altre Co.Re.Com Regione Toscana deliberazioni 5 del 18 gennaio 2013 e 45 del 18 marzo 2015), *“pare preliminarmente opportuno chiarire, in via generale, che, dal punto di vista regolamentare, si ha “migrazione” tra operatori (OLO to OLO), quando viene richiesto il passaggio dall’OLO donating all’OLO recipient oppure da un operatore OLO donating a Telecom Italia XXX. In entrambi i casi, c’è migrazione se viene utilizzata la rete di accesso di 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 il 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 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 (è la c.d. “notifica 12”).”*

Tutto ciò premesso, nel caso di specie, la documentazione allegata dalle uniche parti presenti dimostra che il processo di migrazione all’operatore recipient (nel caso di specie Fastweb) iniziava in data 22.04.2015 e si completava positivamente solo in data 03.02.2016 con il passaggio di linea.

Si può solo presumere un qualche disguido che ha portato l’operatore donating Optima a mantenere attiva la posizione contrattuale *de qua*, perpetuando, per l’effetto, la fatturazione

Alla luce di quanto sopra affermato, si deve in ogni caso osservare che la società Optima ha, di fatto, emesso e continuato ad emettere fatturazione, pur a seguito della cessazione di ogni rapporto contrattuale con la società subentrante, intervenuta solo nel febbraio del 2016 con il passaggio del servizio ad altro operatore (Fastweb).

La giurisprudenza costante dell’Agcom ha stabilito il principio, ribadito in diverse occasioni, che la mancata lavorazione dell’istanza di disdetta, con conseguente prosecuzione del ciclo di fatturazione, non produca alcun indennizzo e, pertanto, non può essere oggetto di valutazione in sede di definizione, infatti: *“...attesa la diversità delle due fattispecie (attivazione di servizi non richiesti/fatturazione successiva alla disdetta contrattuale), non può darsi luogo alla applicazione analogica dell’articolo 8 del Citato Regolamento per la fattispecie di continuata illegittima fatturazione, atteso che l’eventuale disagio patito dall’istante per la proseguita ricezione di indebite fatturazioni, non risultando oggettivamente apprezzabile, non può essere ricondotto all’alveo degli oggettivi disagi indennizzabili in favore degli utenti di servizi di*

comunicazioni elettroniche (sia pur con applicazione analogica, ai sensi dell'art. 12 del citato Regolamento, delle fattispecie tipizzate), bensì, per il suo profilo strettamente soggettivo, risulta attratto dall'ambito del danno, il cui risarcimento, come noto, è materia di competenza dell'Autorità Giudiziaria e non dell'Autorità Garante" (Cfr. Delibere 43/14/CIR; 84/14 CIR e 104/14/CIR).

In base a quanto da ultimo considerato la domanda di rimborso formulata dall'istante – per le fatture pagate a Optima nel periodo dal 10.04.2015 al 03.02.2016 – deve essere integralmente accolta.

Occorre, peraltro, specificare che in data 30.05.2017, in occasione dell'udienza tenutasi tra le parti, in assenza di Optima, "Il gestore Fastweb per spirito conciliativo e senza riconoscimento di alcuna responsabilità offre la somma omnicomprensiva di euro 1.100.00...L'utente si riporta ai propri scritti difensivi, accettando la proposta di Fastweb". Pertanto le richieste nei confronti di Fastweb dovranno considerarsi archiviate.

Per quanto attiene all'indennizzo in base alla responsabilità dei gestori per tutti i disservizi subiti e la perdita del numero 0773.4xxxx6, quanto segue.

Anche per questa richiesta occorre specificare che in data 30.05.2017, in occasione dell'udienza tenutasi tra le parti, in assenza di Optima, "Il gestore Fastweb per spirito conciliativo e senza riconoscimento di alcuna responsabilità offre la somma omnicomprensiva di euro 1.100.00...L'utente si riporta ai propri scritti difensivi, accettando la proposta di Fastweb". Pertanto le richieste nei confronti di Fastweb dovranno considerarsi archiviate.

Con riguardo alla posizione di Optima, le risultanze probatorie depositate dall'istante, farebbero ritenere che la doppia numerazione fornita dal suddetto operatore *donating* fosse possibile solo attraverso l'utilizzo della linea ISDN, che consentiva la gestione di diverse numerazioni (fino ad 8) sullo stesso accesso.

Con la richiesta di migrazione a Fastweb la tecnologia ISDN non era supportata e pertanto la linea "secondaria" veniva a cessare.

Questa impostazione è conforme con la Delibera dell'Agcom n. 91/12/CIR per la quale: "la domanda dell'utente relativa alla mancata migrazione deve, nel caso di specie, essere rigettata, in quanto detta migrazione era tecnicamente impossibile.

L'articolo 18 della delibera Agcom n. 4/06/CONS, come successivamente modificato dalla delibera Agcom n. 274/07/CONS ed applicabile in questa materia, disciplina infatti la migrazione non già di ogni singola numerazione quanto delle sole numerazioni abbinata alle linee di accesso alla rete locale. L'Autorità, infatti, ha voluto garantire la migrazione delle linee di accesso alle reti di comunicazioni elettroniche per permettere agli utenti la fruizione dei servizi richiesti in un regime di massima concorrenza. In altre parole, il bene che deve essere garantito dagli operatori è l'accesso alla rete, cui è ovviamente associata anche una numerazione; non è, invece, la numerazione in re ipsa. Si escludono dall'obbligo di migrazione le numerazioni aggiuntive, come quelle oggetto della presente controversia, non abbinata a linee di accesso alla rete locale; tali risorse, infatti non possono tecnicamente migrare ma solo essere cessate e poi riattivate

da altro operatore (tra l'altro, solo nel caso di attivazione di un'offerta tecnicamente corrispondente). Queste caratteristiche tecniche determinano quindi il rigetto della domanda volta all'indennizzo per la mancata migrazione, in quanto, per le ragioni tecniche sopra descritte, tale operazione non era possibile”.

Sulla base di quanto esposto, pertanto, la domanda di indennizzo formulata dall'istante, non può essere accolta.

Per tutto quanto sopra esposto e considerato:

**IL DIRETTORE
DETERMINA**

a definizione della controversia tra il Sig. Dxxx Cxxx e gli operatori Fastweb – considerata l'archiviazione nei confronti di Fastweb in forza di accordo transattivo trovato tra le parti all'udienza del 30.05.2017 – e Optima, si accoglie parzialmente l'istanza n.804/2016, per l'effetto, ordinando ad Optima:

1. la restituzione delle somme riscosse – per le fatture pagate nel periodo dal 10.04.2015 al 03.02.2016 – da effettuarsi a mezzo di bonifico bancario alle coordinate IBAN dell'istante o a mezzo di assegno bancario intestato all'Istante entro e non oltre 120 giorni dalla pubblicazione della suddetta definizione;
2. la società Optima è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa.
3. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11 di cui al d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
4. 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.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità.

F.TO