

**DETERMINA N. ....**

**NXXX SXXX / WIND TRE / FASTWEB / SKY ITALIA**

**(LAZIO/D/560/2018)**

**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. 2537 del 09/05/2018;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

### **1. La posizione dell’istante**

L’utente deduce di essere titolare della linea telefonica 06.6xxxxx5, utilizzata presso il suo studio odontoiatrico, ove esercita da diversi anni la professione di dentista. Nel mese di dicembre 2016 la parte istante richiede migrazione della sua utenza voce ed internet da Operatore Wind Tre verso Vodafone, ma l’attivazione – stante problematiche tecniche – non va a buon fine ed il Sig. Sikloglou decide di sottoscrivere in data 21.01.2017 una diversa offerta di tipo “affari” con la Wind Tre per l’attivazione presso il suo studio del servizio “fibra”. Tuttavia l’utente precisa che, a seguito di sopralluogo tecnico, l’operatore comunicava l’impossibilità di attivare il detto servizio, in quanto lo stabile dell’utente non era raggiunto dai necessari cavi ottici. Per tali motivi, a fronte della mancata attivazione del nuovo servizio fibra, l’utente, in data 4.05.2017,

sottoscriveva contratto con Fastweb, il quale tuttavia, anziché procedere alla migrazione della risorsa "storica" – così come richiesto dall'utente – attivava una nuova linea.

La parte istante precisa altresì che la migrazione della linea 06.6991685 andava a buon fine solo con decorrenza 4.08.2017, ovvero con tre mesi di ritardo dalla richiesta.

In ultimo, l'utente contesta che, nella vigenza del contratto con Fastweb, l'Operatore WindTre continuava ad emettere fatturazioni per servizi non erogati fino al mese di settembre 2017.

Premesso quanto sopra il Sig. Sxxx ha richiesto:

i) Indennizzo di € 6.570,00, nei confronti di Wind Tre, per la mancata attivazione del servizio Fibra dalla data di richiesta del 21.01.2017 al giorno ultimo di fatturazione del relativo canone (31.08.2017);

ii) Indennizzo, in solido nei confronti di Fastweb e Sky Italia, per la ritardata attivazione e migrazione del servizio voce ed internet dal giorno della richiesta 4.05.2017 alla data del 4.08.2017 di ripristino della precedente numerazione per € 1.350,00;

iii) Indennizzo, in solido nei confronti di Fastweb e Sky Italia, per la sospensione del servizio di telefonia fissa dal giorno della richiesta 4.05.2017 alla data del 4.08.2017 di ripristino della precedente numerazione per € 450,00;

iv) Indennizzo, in solido nei confronti di Fastweb e Sky Italia, per la perdita della numerazione 06.6991685 per € 4.000,00;

v) lo storno di ogni posizione debitoria eventualmente esistente nei confronti di WindTre, Fastweb e Sky, a carico dell'utente;

vi) la liquidazione delle spese di procedura.

## **2. Posizione dell'Operatore Fastweb**

Nel contestare tutto quanto *ex adverso* richiesto e dedotto, preliminarmente il Gestore rileva che il contratto in parola fosse di natura espressamente residenziale (offerta denominata "Homepack" in bundle con Sky) e non di tipo affari, come dedotto dall'utente, non essendo in alcun modo rilevante che l'utenza servisse di fatto uno studio dentistico.

Viceversa, con riferimento alla richiesta di indennizzo per la ritardata attivazione del servizio voce, il Gestore Fastweb eccepisce che il termine previsto dalla Carta dei Servizi per l'attivazione dei servizi è di 60 giorni dalla prima richiesta. Poste tali premesse, deduce di essersi comunque tempestivamente adoperato per l'attivazione di un numero provvisorio, in attesa di ricevere dall'Operatore Donating la risorsa in migrazione.

Sulla ritardata migrazione della linea, l'operatore eccepisce l'errata formulazione della richiesta di indennizzo dell'istante, in quanto l'articolo della Delibera 73/11/Cons, eventualmente operante al caso di specie, è l'art. 3 comma 3, e non quanto *ex adverso* erroneamente richiamato e quantificato.

Sulla perdita della numerazione Fastweb eccepisce l'inammissibilità della richiesta, in quanto la numerazione 06.6991685 non è stata mai perduta dall'utente, ma, come del resto dichiarato dalla stessa parte istante, solo successivamente attivata tre mesi dopo la richiesta.

In merito al reclamo, la Fastweb eccepisce che lo stesso non è stato mai effettivamente inoltrato al Gestore all'unico numero di fax all'uopo preposto per la gestione dei reclami.

### **2.1 Posizione dell'Operatore Wind Tre**

A seguito della corretta comunicazione dell'avvio della Procedura con notifica PEC del 7.11.2018 e di tutti i successivi atti del procedimento, per i quali sono presenti in atti le relative ricevute telematiche, il Gestore Wind Tre non ha depositato memorie difensive, ma si è costituito all'udienza di discussione del 14.12.2018.

## **2.2 Posizione dell'Operatore Sky Italia**

In atti risulta la corretta comunicazione dell'avvio della Procedura con notifica PEC del 7.11.2018 e di tutti i successivi atti del procedimento, per i quali sono presenti le relative ricevute telematiche; a fronte delle notifiche tuttavia il Gestore Sky Italia non si è costituito e non ha depositato memorie difensive.

## **3. Repliche della parte istante**

In sede di repliche l'utente insiste affinché la contrattualizzazione con Fastweb e Sky venga qualificata di tipo "business", deducendo come irrilevante la denominazione contrattuale data dal Gestore e come dirimente la natura dell'effettiva attività sottesa all'utilizzo della numerazione. Per quanto attiene il ritardo nella migrazione e la perdita "temporanea" della numerazione l'utente insiste per il riconoscimento degli indennizzi, come da istanza.

## **4. Motivazione della decisione**

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

All'udienza di discussione del 14.12.2018 l'utente accettava la proposta bonaria formulata in atti dal legale della Fastweb S.p.a., componendo bonariamente la controversia nei confronti del Gestore.

La posizione dell'istante deve pertanto considerarsi definitivamente archiviata nei confronti di Fastweb; di converso, il procedimento definitorio prosegue in questa sede nei confronti dei restanti Operatori.

Per quanto rileva la posizione dell'Operatore Sky Italia, si rileva in punto di rito, la mancanza di legittimazione passiva del Gestore dei Servizi di Tv a pagamento e ciò in riferimento specifico alla materia del contendere; ed invero, oggetto della controversia sono i disservizi della linea fissa 06.6991685 (omessa/ritardata attivazione della fibra, ritardata migrazione del servizio, perdita numerazione) e giammai il servizio televisivo offerto dal Sky Italia in forza di contratto in bundle con Fastweb, denominato "homepack". Per tali motivi, l'istanza deve considerarsi inammissibile nei confronti di Sky Italia, stante il difetto di legittimazione passiva sopra evidenziato.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dall'istante possono essere parzialmente accolte come di seguito precisato.

In primis si osserva che: - l'operatore convenuto non ha partecipato al presente procedimento mediante la produzione di scritti difensivi, pertanto, non avendo contraddetto in alcun modo la rappresentazione dei fatti dedotti in controversia, gli stessi si ritengono accaduti conformemente alla prospettazione offerta dall'utente. - le domande sub i) e v) - rivolte all'Operatore Wind Tre - al di là della loro inesatta formulazione saranno ricondotte all'oggetto della presente disamina ed interpretate, in un'ottica di *favor utentis*, in conformità a quanto statuito dalle "Linee Guida in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche", (approvate con Delibera Agcom n. 276/13/CONS) secondo il loro significato più logico e più pertinente rispetto alla questione da esaminare. Pertanto la presente disamina avrà ad oggetto la mancata attivazione del servizio fibra con l'operatore Wind Tre.

L'utente lamenta la mancata attivazione del servizio fibra e fonia a far data dal 21 gennaio 2017, chiedendo la liquidazione del relativo indennizzo, laddove l'operatore nel merito nulla deduce. E' pacifica, dunque, la circostanza della stipulazione del contratto di tipo "affari" avvenuta, come risulta dal corredo istruttorio, in data 21 gennaio 2017. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento delle

obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato dalla 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. 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. 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 a fattori non imputabili all'operatore, ovvero a problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo, fornendo altresì la prova di avere informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione. In base a tali principi, provata la fonte negoziale del diritto dell'utente, spettava all'operatore provare di aver posto in essere tutte le attività necessarie per dare seguito alla richiesta di attivazione del servizio e provare di avere rispettato i propri oneri informativi circa i tempi della realizzazione dell'intervento o gli eventuali impedimenti. A fronte delle doglianze dell'istante, non risulta dal corredo istruttorio che Wind Tre si sia adoperato per risolvere il disservizio in questione, suggerendo, viceversa, come unica soluzione quella di disdire il contratto e passare ad altro operatore.

Tanto premesso, tenuto conto che il contratto è stato stipulato in data 21 gennaio 2017, si ritiene di liquidare in favore dell'utente l'indennizzo ai sensi all'articolo 3, comma 1 del Regolamento secondo il parametro pari a euro 7,50 pro die, precisando che, per l'individuazione dell'intervallo temporale, si deve far riferimento al comportamento tenuto dall'utente, che in data 4 maggio 2017 ha ritenuto di dover formalizzare richiesta di migrazione verso altro Operatore. Da tale momento, infatti si interrompono i termini di attivazione gravanti in capo a Wind Tre e, viceversa, cominciano a decorrere quelli gravanti su Fastweb (per i quali è comunque intervenuto accordo transattivo).

Pertanto, ai fini dell'erogazione dell'indennizzo, si ritiene di individuare il dies a quo nel giorno 21 gennaio 2017 e il dies ad quem nel giorno 4 maggio 2017, data di formalizzazione di contratto con Fastweb, detratti - in ogni caso - i termini minimi previsti dalla Carta dei Servizi Wind Tre per l'attivazione della linea fissa che, a mente dell'art. 4 CGC, sono pari a 90 giorni. Gli importi debbono ritenersi maggiorati del doppio, stante l'utenza di tipo affari, ex art. 12 comma 2 ex all. A Del. 73/11/Cons.

Dunque, in accoglimento parziale delle domande sub i) e v) la società Wind Tre è tenuta a corrispondere all'utente l'indennizzo di cui sopra, per un totale di euro 390,00 (euro 7,50 pro die per la linea voce ed altrettanti per la linea internet per n. 13 giorni di mancata attivazione, moltiplicati al doppio).

Con riferimento, poi, alla richiesta di storno totale cui al punto sub v) la stessa deve essere accolta, in quanto all'esito dell'istruttoria, è stato possibile rilevare che la fatturazione è stata emessa ingiustificatamente trattandosi di un contratto mai attivato, pertanto, alcun costo doveva essere addebitato in capo all'istante. Per i medesimi motivi l'istante ha altresì diritto, allo storno di eventuale insoluto ed al ritiro a cura e spese del gestore della pratica di recupero del credito laddove già attivata.

Infine, tenuto conto del comportamento complessivamente assunto dalle parti, e la conciliazione parziale della controversia, si ritiene proporzionale ed equo liquidare a favore dell'istante, ai sensi dell'art. 19,

comma 6, del Regolamento, la somma forfettaria di euro 100,00 a titolo di spese di procedura da porsi a carico di Wind Tre.

Per tutto quanto sopra premesso,

**IL DIRETTORE**

**DETERMINA**

Per le motivazioni indicate in premessa, a parziale accoglimento della domanda del Sig. Nxxx Sxxx:

1) la Wind Tre sarà tenuta al pagamento di indennizzo:

a) ex art. 3 comma 1 e 12 comma 2 All. A Del. 73/11/Cons per il ritardo dell'attivazione della linea voce ed internet per € 390,00;

b) liquidazione delle spese di procedura per € 100,00

c) si dispone altresì storno totale dell'insoluto esistente a carico dell'istante.

La società Wind Tre è tenuta a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della stessa.

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.

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 ([www.agcom.it](http://www.agcom.it)).

F.TO