

Co.Re.Com. Cal/BA

DELIBERAZIONE N. 233

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA - PATITUCCI xxxx c/ FASTWEB xxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 27/11/2013, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Prof. Carmelo Carabetta	Componente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Direttore del Co.Re.Com. Calabria;

Visti:

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'art. 1, comma 6, lett. a), n. 14;

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";

il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, di approvazione del testo del Codice civile;

l'art. 84 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche";

la legge della Regione Calabria 22 gennaio 2001, n. 2, "Istituzione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni- Co.Re.Com." e succ. modif. ed int.;

la propria deliberazione n. 5 del 10 giugno 2009, recante: "Regolamento interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni";

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 173/07/CONS., "Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e succ. modif. ed int.;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 73/11/CONS., "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;

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 274/07/CONS., "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

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;

la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed il Co.Re.Com. Calabria in data 16 dicembre 2009 ed, in particolare, l'art. 4, comma 1, lett. e);

la deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

l'istanza del 25 luglio 2013, acquisita al prot. Co.Re.Com. Calabria n. 34533, con cui la sig.ra Patitucci xxx, ha chiesto l'intervento di questo organismo per la definizione della controversia in essere con la Società Fastweb xxx.; ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera 173/07/Cons. e succ. modif. ed int.;

la nota del 05 agosto 2013 (prot. n. 36038), con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia;

la nota del 12 settembre prot. n.39720, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, avviso di convocazione in udienza;

la nota del 3 ottobre 2013 prot. n. 42844, con cui il rappresentante legale della signora Patitucci, ha comunicato di non poter presenziare in udienza;

la nota del 4 ottobre prot. n. 42846 con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato al rappresentante legale della signora Patitucci, verbale di mancata comparizione in udienza ;

gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

vista la nota del 9 ottobre 2013 prot. n. 43560, con cui si chiedevano alla società Telecom i chiarimenti istruttori ritenuti necessari ai fini della decisione della controversia;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'istante ha esperito davanti a questo Co.Re.Com., tentativo di conciliazione contro l'operatore Fastweb, che si è concluso con un verbale di mancata comparizione ai sensi dell'art. 8, comma 3, allegato delibera Agcom 173/07 Cons.. Successivamente il 25 luglio 2013, ha depositato istanza di definizione della controversia con cui ha specificato che:

- Nel mese di febbraio 2013, la signora Patitucci ha avanzato regolare richiesta di attivazione della propria linea telefonica / adsl con l'operatore Fastweb, con portabilità della propria numerazione telefonica;
- nonostante l'invio della documentazione richiesta, la portabilità non è mai avvenuta;
- è stato più volte lamentato il disservizio per il tramite il servizio clienti ma senza alcun risultato;
- ha chiesto pertanto : *"Euro 2.000,00 per tutte le violazioni poste in essere e la produzione della registrazione vocale o la sua trascrizione."*

In seguito all'avvio del presente procedimento, giusta nota del 5 agosto 2013, l'operatore ha prodotto, memorie difensive e documentazione con cui ha contestato la ricostruzione della vicenda per come

effettuata dall'istante e ne ha rilevato l'infondatezza, chiedendo il rigetto della stessa con ogni conseguenza di legge. Ha fatto presente che:

- 1) Il 22 febbraio 2013 la Sig.ra Patitucci ha aderito ad una proposta di abbonamento Fastweb per la propria linea telefonica portante il n. xxxx xxxx;
- 2) il 4 marzo Fastweb ha chiesto a Telecom Italia la linea. Tale richiesta è stata bocciata dalla Telecom il successivo 22.04.2013, con la seguente causale: "numero pilota errato";
- 3) il 14 maggio è stata inviata una seconda richiesta di rilascio, nuovamente annullata con causale: "impedimenti tecnici per effettuare la migrazione";
- 4) anche la terza richiesta inoltrata a Telecom non è andata a buon fine;
- 5) in ultimo la richiesta del 24 giugno 2013 è stata respinta con la seguente causale: "Utenza non censita (numero della linea inesistente)";
- 6) a dimostrazione di ciò, la Fastweb, ha prodotto schermate Eureka. Inoltre, ha sostenuto l'infondatezza della pretesa nei suoi confronti, in quanto la linea della ricorrente non è mai migrata nella rete Fastweb (a cui non risulta pervenuto alcun reclamo).

Ha concluso chiedendo il rigetto dell'istanza in quanto infondata e non provata.

La ricorrente, per il tramite del proprio legale di fiducia, ha fatto pervenire repliche alla memoria prodotta dal gestore, con le quali ha specificato che sono prive di fondamento le osservazioni mosse dal gestore in quanto: "La signora Patitucci ha posto in essere dal mese di febbraio 2013, tutta la condotta necessaria per l'attivazione dell'utenza con la società Fastweb".

Ha rammentato che il tecnico della Fastweb si è recato presso il domicilio della ricorrente per porre in essere la procedura di attivazione della linea e in tale occasione ha lasciato in possesso della famiglia Patitucci il modem.

Ha inoltre sostenuto che contrariamente a quanto asserito dal gestore, l'istante ha più volte lamentato tramite il servizio clienti la mancata attivazione della linea.

Il 9 ottobre 2013, il responsabile del procedimento decisorio ha chiesto alla Telecom chiarimenti in riferimento all'utenza portante il n. xxxx xxxx intestata alla signora Patitucci, nonché l'elenco delle movimentazioni che hanno interessato tale linea. Lo stesso giorno la Telecom ha fatto presente che: "In pitagora è presente la richiesta di attivazione standard NPG olo Fastweb ...per la linea xxx xxxx cliente Patitucci Emilia come dati abbiamo 4 richieste di migrazione verso Fastweb del bistream asimetrico Wholesale andate ko in data 04/03/2013 per numero pilota errato e poi 3 volte per impossibile individuare la risorsa da migrare in data 24/06/2013, 27/05/2013, e 20/06/2013".

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 del Regolamento ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

Si deve, altresì dar conto del comportamento delle parti nella fase procedimentale: l'operatore non è comparso all'udienza di conciliazione.

Le parti sono state regolarmente convocate il 4 ottobre 2013 per l'udienza di discussione. Il rappresentante dell'istante ha fatto pervenire (protocollo del 4 ottobre 2013 n. 42844) comunicazione, con la quale faceva presente di non poter partecipare all'udienza, senza addurre un giustificato motivo. L'udienza si è conclusa con un verbale di mancata comparizione da parte dell'istante.

Ancora in via preliminare, si deve evidenziare che la richiesta istruttoria disposta nei confronti di Telecom Italia S.p.A. è stata motivata dall'esigenza di acquisire la documentazione probatoria ed ulteriori elementi di valutazione utili al fine di riscontrare profili comuni di responsabilità nella gestione della cliente.

2. Riguardo al merito.

2.1 Sulla richiesta di indennizzo per mancata attivazione della linea

La domanda del ricorrente, verte sostanzialmente sull'inadempimento del contratto dallo stesso sottoscritto con l'operatore Fastweb, e sulle domande – indennizzi e rimborsi – conseguenti agli inadempimenti dedotti.

La controversia verte sulla migrazione dall'operatore Telecom all'operatore Fastweb. In particolare l'utente lamenta nei confronti di Fastweb la non corretta gestione del cliente.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere alla valutazione di merito della condotta tenuta da Fastweb una sintetica descrizione del quadro normativo e regolamentare in materia di migrazione della telefonia fissa, evidenziando gli aspetti di maggior rilievo in un'ottica di tutela del consumatore. La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante *"conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese"*, ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore.

In particolare, assume rilevanza al riguardo il disposto dell'articolo 1, comma 3, della predetta legge, secondo cui *"I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni"*.

A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'AGCOM, avviata con la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, recante *"Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso"*, che prevede 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"*.

Specificamente, la delibera 274/07/CONS introduce 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 detta alcuni principi di carattere generale relativi alle procedure di migrazione/attivazione, stabilendo al comma 2 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 e al comma 12 che le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori e che non sono ammesse causali generiche che non individuino l'effettivo problema riscontrato. Tale disposizione ribadisce principi già sanciti da alcune previsioni del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il *"Codice delle comunicazioni elettroniche"*, secondo cui i tempi di attivazione, e correlativamente di disattivazione, del servizio, costituiscono elementi che devono necessariamente far parte del contenuto minimo del contratto sottoscritto fra utente e operatore (cfr. articolo 70, comma 1, lettera b). A tal fine, le modalità di gestione dei servizi di accesso prevedono procedure di consegna del servizio a data certa, indicata dal *recipient* (c.d. D.A.C. data di attesa consegna) in fase di invio dell'ordine sulla base delle indicazioni del cliente.

A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'AGCOM, in cui assumono rilievo: la delibera n. 68/08/CIR (*Disposizioni in merito alla capacità giornaliera di evasione delle richieste di migrazione ai sensi della delibera n. 274/07/CONS*); la delibera n. 1/09/CIR, che ha diffidato gli operatori di rete fissa ad adempiere alle previste disposizioni normative in materia di migrazione; la delibera n.23/09/CIR (*Disposizioni attuative delle procedure di cui alla delibera 274/07/CONS in merito alla fornitura del codice di migrazione da parte degli operatori di rete fissa*); la delibera n. 41/09/CIR (*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ed alla portabilità del numero su rete fissa*) che ha modificato l'art. 18 della delibera 274/07/CONS, riducendo, tra l'altro, a 10 giorni a far data dal 1 novembre 2009 e a 5 giorni a far data dal 1 marzo 2010 i termini per la trasmissione da parte del Recipient alla divisione rete di TI della richiesta di migrazione; la delibera n.52/09/CIR (*Integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla delibera n. 274/07/CONS ai fini della implementazione del codice segreto*); la circolare 26 febbraio 2010 (*Misure attuative relative alle procedure di cui alla delibera n. 52/09/CIR*), con cui sono state

portate e conoscenza di tutti gli operatori le specifiche tecniche concordate e definite nel rispetto di quanto previsto dalla delibera n. 274/07/CONS e sono state fornite le linee guida da adottare nelle procedure di attivazione e migrazione per il "periodo transitorio" successivo al 1 marzo 2010. Per quanto riguarda la c.d. 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 dipende, in concreto, l'effetto utile del diritto previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/07. Ne consegue che, com'è possibile evincere dal quadro normativo e regolamentare in precedenza richiamato, in assenza di un comportamento pienamente diligente e collaborativo da parte di tali soggetti, il compimento della procedura di migrazione secondo la volontà dell'utente può risultare compromesso e il relativo diritto vanificato.

Sinteticamente, la procedura di migrazione si articola in tre fasi: Fase 1: Richiesta del cliente; Fase 2: Comunicazione preventiva; Fase 3: Provisioning tecnico.

Nella Fase 1, il cliente aderisce all'offerta commerciale del Recipient e gli comunica il proprio codice di migrazione. Il Recipient verifica che non ci siano errori di trascrizione e/o lettura del codice.

Nella Fase 2, il Recipient trasmette la richiesta di passaggio al Donating e quest'ultimo procede alle verifiche, fornendo l'esito delle stesse entro 5 giorni lavorativi, trascorsi i quali si applica il silenzio assenso. Il Donating effettua verifiche formali e gestionali, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal Recipient. Nei casi specificati dalla Normativa può inviare, entro i 5 giorni, un KO. Tali causali di scarto sono definite nell'allegato 5, all'Accordo Quadro.

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 concordata con il cliente. Telecom Italia Wholesale effettua il provisioning del servizio intermedio alla DAC. Nei casi specificati dalla Normativa può inviare un KO.

Gli operatori *recipient* e *donating* possono interrompere la migrazione o richiedere la rimodulazione della data attesa di consegna solo in casi eccezionali e non dipendenti dalla propria volontà, secondo quanto previsto all'articolo 17, comma 12, della medesima delibera 274/07/CONS. Da quanto precede è possibile inferire l'esistenza di una speciale responsabilità degli operatori, funzionale al buon esito delle procedure di migrazione e posta a garanzia del diritto a migrare degli utenti. In concreto, tale responsabilità si traduce nell'adozione di uno *standard* di diligenza rafforzato, da cui discende la necessità di implementare misure e cautele idonee a garantire che il *favor* espresso dal legislatore nei confronti del diritto di migrazione non si traduca in una mera petizione di principio.

Nella fattispecie, sulla base della documentazione fornita a fini istruttori da Fastweb e successivamente richiesta come integrazione istruttoria a Telecom Italia, motivata dall'esigenza di acquisire la documentazione probatoria ed ulteriori elementi di valutazione utili al fine di riscontrare profili comuni di responsabilità nella gestione della cliente, risulta che:

a) alla prima richiesta di migrazione, Telecom Italia Wholesale ha inviato un KO ;

b) alla seconda, terza e quarta richiesta di migrazione ha inviato sempre un Ko, con la seguente causale: "*Impedimenti tecnici per effettuare la migrazione / impossibile individuare la risorsa da migrare*".

Ne consegue che, il complessivo ritardo nella migrazione è dipeso dai rifiuti ricevuti dagli altri operatori coinvolti. In ordine a questo specifico disservizio, quindi, alcuna responsabilità è imputabile a Fastweb, per cui la domanda di indennizzo viene rigettata

3. Con riferimento alle spese di procedura.

L'art. 19, comma 6, del Regolamento sancisce che nel determinare rimborsi e gli 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".

Considerato che l'istanza è rigettata, nonché il comportamento tenuto dal legale rappresentante dell'istante, che non ha partecipato all'udienza di discussione, non ricorrono le condizioni per il rimborso delle spese di procedura.

Per tutto quanto sopra esposto:

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com. Calabria Avv. Rosario Carnevale, resa ai sensi dell'art. 19 del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti;

Udita la relazione del Presidente di questo Comitato, Prof. A. Manganaro, nell'odierna seduta;

All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge.

DELIBERA

Il rigetto dell'istanza presentata dalla signora Patitucci xxxx nei confronti dell'operatore Fastweb xxx..

- E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito, come previsto dall'art. 19, comma 5, del Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con deliberazione Agcom n. 173/07/CONS.;
- Come disposto dall'art. 19, comma 3, del Regolamento suindicato "il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259";
- La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale e sul sito web dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sul sito web del Co.Re.Com. Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 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'art. 119 dell'anzidetto Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di (60) sessanta giorni dalla notifica del medesimo.

I Componenti

f.to Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

Il Presidente

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore

f.to Avv. Rosario Carnevale