

Prot. N. Co.Re.Com. Cal/Ro

DELIBERAZIONE N.55

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Dattola xxxxx c/ Fastweb xxx.

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 16/04/2012, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Prof. Alessandro Manganaro	Presidente
Dott. Gregorio Corigliano	Componente
Dott. Paolo Posteraro	Componente

e Avv. Rosario Carnevale, Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali – Affari generali e legali del Comitato;

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- Corecom" 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.;

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 Corecom 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/O3/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

Vista l'istanza del 24 novembre 2011, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 55359, con cui il Sig. Dattola xxxxx ha chiesto l'intervento del Corecom Calabria 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/O7/Cons e succ. modif. ed int.;

Vista la nota del 30 novembre 2011 (prot. n. 56140), 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;

Visto, altresì, l'avviso di convocazione (prot. n. 2785 del 19 gennaio 2012) con cui il Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 15, comma 2 dell'anzidetto Regolamento, ha invitato le parti a comparire, per il giorno 6 febbraio 2012, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 6 febbraio 2012, con riserva di svolgere le opportune valutazioni al fine di definire la controversia;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'utente, sig. Dattola xxxxx, ha depositato istanza con richiesta di un provvedimento di definizione della controversia in atto con l'operatore Fastweb xxx, adducendo l'inadempimento contrattuale di questi per la mancata portabilità del proprio numero di rete fissa (xxxxx). A tal riguardo, il ricorrente dichiara:

- di aver sottoscritto, in data 12 gennaio 2011, un contratto di abbonamento con Fastweb, richiedendo la portabilità del numero telefonico dianzi indicato;
- che l'operatore, invece di attivare la portabilità richiesta, attivava altra numerazione, che non ha mai funzionato;
- che il numero originario veniva disattivato;
- che Fastweb procedeva, mensilmente, ad addebitare i canoni mensili sul suo conto corrente, pur in carenza dei servizi richiesti.

In relazione alla suddetta controversia, il sig. Dattola proponeva l'esperimento del tentativo di conciliazione, che si concludeva, in data 21 novembre 2011, con esito negativo, giusto verbale redatto ai sensi dell'art. 8, comma 3 del Regolamento di procedura (all. alla delibera 173/O7/Cons.).

L'istante ha chiesto a questo Corecom un provvedimento che metta fine alla su riferita controversia e, a tal fine, avanza richiesta di rimborso dei canoni mensili già corrisposti a fronte di un servizio non reso, di liquidazione dei danni e/o degli indennizzi; di rimborso delle spese relative all'odierna procedura.

La società Fastweb, tempestivamente costituita, ha depositato agli atti la propria memoria illustrativa, in cui – preliminarmente – eccepisce la inammissibilità/irricevibilità delle richieste di controparte, in relazione alla pretesa risarcitoria, preclusa – in questa sede – ai sensi dell'art. 19 della delibera n. 173/O7/Cons; eccepisce, altresì, l'inammissibilità delle richieste di parte istante, ove non siano del tutto coincidenti con le richieste di cui all'istanza di conciliazione.

Nel merito, Fastweb rileva l'infondatezza della domanda avversaria e ne chiede il rigetto, precisando che:

- all'atto della sottoscrizione della proposta di abbonamento di cui in discorso (datata 12 gennaio 2011), il sig. Dattola ha richiesto l'attivazione di una nuova linea ed, in particolare, ha sottoscritto un modulo di richiesta di "linea non attiva", nel senso che ha incaricato Fastweb di richiedere a Telecom "l'affitto di un

- doppino non attivo" e non già la number portability del numero originario di cui aveva la titolarità (allega la relativa documentazione probatoria);
- Fastweb, in conseguenza della richiesta, come sopra specificata, ha avviato la relativa procedura presso Telecom ed attivato, in data 24 febbraio 2011, i propri servizi (all'uopo deposita copia del rapporto di attivazione, evidenziando come, su tale documento, non risulti barrata la casella relativa alla richiesta di number portability);
 - quanto ai reclami, l'operatore resistente nega di aver ricevuto alcuna segnalazione di disservizio da parte del predetto utente.

Conclude, chiedendo l'integrale rigetto dell'odierno ricorso.

In data 6 febbraio 2012 si è tenuta un'udienza di discussione, a cui hanno aderito entrambe le parti, senza addivenire ad alcun accordo. Nel corso della stessa, il legale del ricorrente ha avanzato richiesta di indennizzo, a far data dal 16 gennaio 2011, relativamente alla mancata attivazione del servizio, all'omessa/ritardata portabilità, alla perdita della numerazione, all'omessa/errata indicazione in elenco, alla mancata/ritardata risposta ai reclami.

Il legale dell'operatore contesta e chiede dichiararsi l'inammissibilità delle richieste di parte avversa, anzidette, nella parte in cui le stesse non hanno formato oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione e dell'istanza di definizione.

L'udienza si conclude senza alcun esito ed il fascicolo viene ritirato per la decisione.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Quanto al comportamento delle parti nel corso delle due procedure tenutesi presso questo Corecom, si osserva che la conciliazione si è conclusa con un verbale negativo, redatto ai sensi dell'art. 8, comma 3 del Regolamento di procedura, e che

l'udienza di discussione, a cui sono state presenti entrambe, si è conclusa senza alcun esito, avendo, i legali di ciascuna parte, insistito nelle rispettive posizioni.

Quanto ai **rilievi** avanzati da Fastweb:

a) circa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, limitatamente alla richiesta di risarcimento del danno, la stessa merita accoglimento, in quanto ogni liquidazione di danno esula dalle competenze di questo Comitato, ai sensi del disposto di cui all'art. 19 della delibera n. 173/07/Cons.;

b) circa l'eccezione di inammissibilità per divergenza di contenuto dell'istanza GU14, rispetto alla precedente istanza di conciliazione, la stessa non può trovare accoglimento, in quanto non fondata.

2. Riguardo al merito.

La controversia qui in esame ha ad oggetto l'asserito inadempimento contrattuale, da parte dell'operatore Fastweb, consistente nella mancata portabilità del numero di titolarità dell'utente (con conseguente disattivazione dello stesso) e nella mancata attivazione della nuova linea telefonica, nonostante il pagamento dei canoni mensili da parte dell'utente medesimo.

Dall'esame di tutta la documentazione esibita agli atti è emerso che tra le parti è stato stipulato un contratto di abbonamento per la fornitura del servizio di fonia + ADSL, per il quale è stata avanzata a Telecom richiesta di linea telefonica non attiva (e l'affitto di un doppino non attivo), con assegnazione di una nuova risorsa numerica fornita da Fastweb.

Difatti l'esemplare cartaceo del contratto, esibito a cura di Fastweb, che l'utente ha sottoscritto, non riporta alcuna richiesta di number portability dell'originario numero telefonico di sua titolarità, contrariamente a quanto, dallo stesso, affermato e ribadito anche in sede di udienza di discussione.

Emerge, invece, che tale contratto prevedeva l'attivazione di una nuova numerazione, assegnata da Fastweb, e la fornitura del servizio in modalità c.d. VLL, mediante affitto di linea non attiva da Telecom Italia.

a) Con riferimento alla mancata portabilità.

Alla luce della documentazione sopra menzionata, considerato che il contratto di che trattasi non prevedeva la portabilità del vecchio numero di titolarità dell'utente, non può provarsi, in questa sede, l'inadempimento contrattuale dell'operatore Fastweb in relazione a tale su riferito disservizio. Tale assunto - come si è detto - viene, anzi, confutato dai documenti esibiti a cura dell'operatore. Pertanto, la richiesta di indennizzo, formulata dal ricorrente, non può trovare accoglimento.

b) Con riferimento al mancato funzionamento della linea telefonica assegnata da Fastweb.

L'utente lamenta, altresì, che la nuova linea telefonica, con numerazione assegnata da Fastweb, non ha mai funzionato e, a tal fine, chiede il rimborso di tutti i canoni mensili corrisposti all'operatore a fronte di servizi non usufruiti.

In proposito Fastweb si limita ad argomentare, a sostegno della propria posizione, di avere correttamente attivato i servizi ed allega, a tal fine, il rapporto di attivazione, datato 24 febbraio 2011, redatto e sottoscritto a cura del tecnico addetto all'impianto. Tale documento, tra l'altro, riporta in calce una nota, che così recita: "problema di configurazione ticket aperto a Telecom". Della suddetta nota (e dell'esistenza di un "ticket" aperto presso Telecom), Fastweb non fa alcuna menzione nella sua difesa, limitandosi genericamente ad affermare di avere correttamente attivato i propri servizi. In definitiva, l'operatore non fornisce alcuna prova a questo Comitato che la linea in questione abbia effettivamente funzionato (sarebbe stato utile e conducente, ad esempio, esibire il dettaglio del traffico, riferito all'utenza in questione, nel periodo considerato). Mancando qualsivoglia prova in proposito, non può che concludersi per la fondatezza delle ragioni vantate dal ricorrente.

In proposito si deve qui rilevare che, nell'ambito dei rapporti contrattuali, è principio assolutamente pacifico quello secondo cui "in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell'adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (Cass.Civ. n.2387/04; cfr. Cassazione civile, sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936). In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, a meno che lo stesso non provi - ex art. 1218 c.c. - che "l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Pertanto, mancando la prova che la linea in questione abbia effettivamente funzionato, si ritiene fondata e, dunque, meritevole di accoglimento, la richiesta del sig. Dattola di rimborso di tutti i canoni mensili, dal medesimo corrisposti all'operatore Fastweb, dalla data di sottoscrizione del contratto in avanti, a fronte di un servizio (che si presume) non usufruito.

Ritenuto, conclusivamente, che l'odierno ricorso sia meritevole di parziale accoglimento, nei termini sopra esplicitati, e che, pertanto, l'operatore Fastweb debba provvedere al rimborso, in favore del ricorrente, di tutti i canoni fatturati, dalla data di sottoscrizione del contratto di abbonamento di che trattasi, in avanti;

Ritenuto, altresì, che l'indennizzo e/o i rimborsi riconosciuti da questo Corecom all'esito della procedura di definizione, devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e, pertanto, tenere indenne l'istante dal decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

3. Sulle spese di procedura

Ritenuto equo liquidare, in favore dell'istante, a titolo di rimborso per le spese di procedura, l'importo complessivo di euro 150,00 (centocinquanta/00) in considerazione del comportamento omissivo tenuto dall'operatore Fastweb nel corso del procedimento di conciliazione;

Vista la proposta di decisione del Dirigente del Settore Assistenza agli Organi Istituzionali - Affari generali e legali di questo Comitato, 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

- 1) L'operatore Fastweb xxx è tenuto a rimborsare all'utente, sig. Dattola xxxxx, mediante assegno o bonifico bancario, tutti gli importi dallo stesso versati, dalla data di sottoscrizione del contratto di abbonamento in avanti;
- 2) L'operatore Fastweb dovrà, altresì, liquidare la somma di € 150,00 (centocinquanta/00) per le spese di procedura;
- 3) Le somme così determinate a titolo di indennizzo e/o di rimborso dovranno essere maggiorate della misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;
- 4) Si respinge ogni altra richiesta;
- 5) 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.;
- 6) 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 decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259";
- 7) 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 Corecom Calabria, assolvendo in tal modo ad ogni obbligo di pubblicazione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, della legge n. 69/2009;
- 8) La società Fastweb xxx è tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di sessanta (60) giorni dalla notificazione della medesima.

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

I Componenti

Dott. Gregorio Corigliano

Dott. Paolo Posteraro

Il Presidente

Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Dirigente

Avv. Rosario Carnevale