



*Autorità per le Garanzie
nelle Comunicazioni*

*Consiglio Regionale
della Calabria*

Comitato Regionale per le Comunicazioni

Co.Re.Com. Cal/

/Rip

DELIBERAZIONE N. 21

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA Infusini Xxx c/ Fastweb Xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 28 marzo 2011, svolta presso la sede del Consiglio Regionale della Calabria, via Cardinale Portanova Reggio Calabria, in cui sono presenti:

Avv. Silvia Gulisano	Presidente
Dr. Mario Campanella	Componente
Prof. Alessandro Manganaro	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";

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

gli artt. 17 e 17 bis della Delibera n. 274/07/Cons, "Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: Modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso;

la Delibera 664/06/Cons, allegato A;

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. 179/03/CSP, all. A, "Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni";

Vista l'istanza del 07.07.2010, acquisita al prot. Corecom Calabria n. 8096/10, con cui l'xxx. Infusini Xxx 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 173/07/Cons e succ. modif. ed int.;

Vista la nota del 09.07.2010 (prot. n. 5452/10), 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. 8593/10 del 06.12.2010) 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 22.12.2010, alla relativa udienza di discussione;

Preso atto del verbale di discussione, redatto in data 22.12.2010, 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

Con istanza di definizione, depositata il 31.05.2010, l'ing. Infusini promuoveva, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Fastweb Xxx. Esponeva il ricorrente, di aver stipulato con Fastweb Xxx un contratto per utenza telefonica business, servizi voce e adsl, aderendo all'offerta Mybusiness parla&naviga.

In particolare, le doglianze riguardavano:

- 1) l'applicazione di un canone superiore rispetto a quello pattuito e pubblicizzato attraverso un volantino;
- 2) la sospensione della linea telefonica a decorrere 27.01.2010.

Allegava all'istanza di conciliazione le copie di diversi reclami e richiedeva, all'uopo, l'annullamento delle fatture successive alla sospensione del servizio oltre al risarcimento del danno.

Il 07.07.2010, l'Infusini, demandava all'adito Corecom la definizione della controversia, lamentando nei confronti di Fastweb quanto segue:

- 1) di aver proposto, il 25 novembre 2009, domanda di rientro in Telecom espletata solo il 22 giugno 2010;
- 2) di aver dovuto sopportare la sospensione del servizio dal 27 gennaio 2010 sino al 22 giugno 2010 per colpa attribuibile a Fastweb;
- 3) il mancato inserimento nell'elenco telefonico;

- 4) di aver proposto numerosi reclami senza ricevere alcun riscontro da parte di Fastweb Xxx;
5) di aver ricevuto fatture anche per i periodi nei quali il servizio era stato sospeso.
Avanzava, quindi, richiesta di:

- a) Rimborso delle somme eccedenti l'offerta originariamente concordata;
- b) indennizzi dal 27.01.2010 fino alla riattivazione del servizio;
- c) qualsiasi altro indennizzo previsto dalla carta dei servizi;
- d) annullamento delle fatture pervenute dopo la sospensione del servizio;
- e) indennizzo per mancato inserimento nell'elenco telefonico.

All'uopo, il ricorrente assumeva che, quale intestatario della utenza telefonica n. xxx, aveva aderito ad un'offerta telefonica, proposta da un addetto dell'agenzia ONECOM S.R.L. di Catania, reclamizzata attraverso un volantino, ove a fronte dell'erogazione del servizio voce e adsl, l'utente avrebbe dovuto corrispondere l'importo omnicomprendivo di € 22,50 mensili oltre Iva. L'offerta era reputata dall'utente più che vantaggiosa e, di tal guisa, decideva di aderire alla proposta, onde, nel mese di agosto 2009 passava da Telecom a Fastweb.

Il ricorrente produceva, all'uopo: copia del volantino promozionale e lettera di illustrazione dell'iter per l'attivazione dell'abbonamento, con stampe intestate all'agenzia ONECOM S.R.L. di Catania. Il volantino depositato offre una sintetica descrizione dell'offerta: "*MYBusiness Parla&Naviga chiamate illimitate locali e nazionali incluseomissis....installazione con intervento tecnico incluso, una seconda linea aggiuntiva inclusa...omissis22,50 al mese, in promo*".

Viceversa, riferiva il ricorrente che gli veniva addebitato, con la prima bolletta telefonica, l'importo € 69,50 mensili, oltre € 10,00 al mese per la seconda linea aggiuntiva ed alle rate di € 30,00 mensili a titolo di contributo di attivazione.

Asseriva, altresì, l'utente di aver proposto numerosi reclami, oltre che nei confronti di Fastweb, anche nei riguardi di Telecom Italia Xxx (es. la racc. A.R. del 13/26.10.06, diretta al servizio clienti di Fastweb, e il fax dell'11 febbraio 2010 indirizzato sia a Fastweb che a Telecom Italia).

Dall'altra parte, Fastweb, tempestivamente costituita, eccepiva, in via preliminare, l'inammissibilità delle domande *sub b)* ed *e)* e concludeva, altresì, chiedendo il rigetto delle ulteriori avverse domande.

Con riferimento all'applicazione della promozione reclamizzata, la società convenuta rappresentava che:

- I) aveva attivato i servizi il giorno 31.08.2009;
- II) il volantino prodotto dall'utente era relativo ad "*una non meglio specificata offerta commerciale*";
- III) nel volantino si rimandava esplicitamente "*all'offerta commerciale valida all'epoca dell'adesione al contratto*";
- IV) aveva "*correttamente applicato il piano tariffario in base all'offerta commerciale Parla e Naviga valida al momento della conclusione del contratto che si è concretizzata con l'attivazione dei servizi avvenuta in data 31 agosto 2009*".

In merito alla migrazione, affermava il Gestore, che il 19 ottobre 2009 veniva fornito all'utente per la prima volta il codice di migrazione. Successivamente, il 19 novembre 2009, a fronte di una successiva richiesta dell'utente, veniva nuovamente fornito il codice migrazione. Da ultimo, in seguito a nuova richiesta di migrazione proveniente da Telecom Italia, in data 11 gennaio 2010, quest'ultima avviava l'ultima fase della procedura (cd. Fase 3) - con data di attesa consegna prevista per il giorno 01 febbraio 2010 - portandola a compimento solo il 21 giugno 2010.

Ai fini istruttori, stante il deposito di reclami scritti privi delle ricevute che ne comprovassero l'invio al gestore, si onerava l'utente dal produrre idonea documentazione probatoria. In particolare, si acquisiva copia dell'avviso di ricevimento e della ricevuta relativa alla raccomandata

del 13 ottobre 2009 (pervenuta a Fastweb il 16 ottobre 2010), nonché copia del rapporto di trasmissione del fax dell'11 febbraio 2010, nonché della racc. a/r del 01 marzo 2010 (pervenuta a Fastweb il 06 marzo 2010).

L'adito Corecom si avvaleva poi, nuovamente, dei poteri istruttori - **ex art. 18 della Delibera n. 173/03/CONS** - e, di tal guisa, formulava apposita richiesta di chiarimenti nei confronti di Fastweb e di Telecom Italia. **La prima veniva onerata dall'allegare le eventuali risposte ai reclami scritti proposti dall'utente, mentre alla seconda, in qualità di terzo**, si chiedeva di indicare le modalità di gestione delle diverse fasi della migrazione, al fine di confrontarle con quelle dedotte dall'odierna società resistente.

Fastweb dichiarava di aver riscontrato ai reclami, allegando due trouble ticket relativi alla gestione della procedura di migrazione con rientro verso Telecom Italia.

Telecom, invece, descriveva le modalità di gestione della migrazione, precisando che il rientro era stato espletato solo il 19 giugno 2010, e che, in data 13 e 28 gennaio 2010, erano stati emessi due ordini di lavoro per il rientro in Telecom dell'utenza, in seguito annullati.

Fastweb, d'altro canto, aveva già prodotto all'interno della sua memoria, copia della schermata EUREKA/PITAGORA, ove risultava indicata, quale data di attesa consegna, il 01 febbraio 2010.

In seguito, questo Co.re.com., invitava Fastweb Xxx a: 1) produrre una copia della proposta contrattuale, debitamente sottoscritta dall'utente, o, in mancanza, di comprovare il rispetto degli **artt. 52 e 53 del codice del consumo**, nonché **dell'art. 70 del codice delle comunicazioni elettroniche**; 2) illustrare il rapporto giuridico intercorrente con la società ONECOM SRL di Catania.

A tale proposito, Fastweb Xxx nulla deduceva in merito alla prova di cui al precedente n. 1), dimostrando, nella fattispecie, di non essere in possesso di una proposta contrattuale sottoscritta e/o di ulteriori elementi idonei a comprovare quali fossero le clausole contrattuali stipulate. Relativamente al quesito n. 2 il gestore chiariva, altresì, che la società ONECOM SRL era legata da un rapporto di agenzia con l'odierna resistente.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'**art. 14 del Regolamento** ed è pertanto procedibile.

Fastweb, come già visto, eccepisce l'inammissibilità e/o irricevibilità di alcune richieste dell'istante. L'eccezione è parzialmente fondata.

E' senz'altro pertinente l'osservazione con riguardo alla richiesta di indennizzo per mancato inserimento in elenco. Tale doglianza, infatti, è stata sollevata per la prima volta in sede di definizione e costituisce, dunque, *ius novorum*, con l'effetto di determinare la declaratoria di inammissibilità della relativa domanda.

Riguardo agli indennizzi - invero non richiesti in sede conciliativa, ove si è avanzata richiesta di risarcimento del danno - l'eccezione di inammissibilità non può trovare accoglimento, giacché la richiesta trae fondamento dalla stessa *causa petendi*. Invero, in un'ottica di una maggior tutela dell'utente/contraente debole, si ravvisa l'opportunità di non paralizzare la domanda del ricorrente ancorandola a rigidi formalismi.

In ogni caso, 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, giacché è limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità.

E' fatto salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria per il maggior danno.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono parzialmente fondate e vengono accolte, come da dispositivo, nei limiti dei poteri devoluti a questo Corecom.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia, voce e adsl, per utenza fissa, di tipo *business*. Ciò emerge in modo incontrovertito dall'esame degli atti depositati dalle parti.

2.1 Sull'applicazione di un'offerta diversa da quella concordata.

Come accennato, il contratto stipulato tra le parti è indubbiamente un contratto di somministrazione, per cui *"una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose"*(art. 1559 c.c.).

Nell'ambito del contratto le posizioni giuridiche dei contraenti sono da ricomprendere nell'alveo dei diritti soggettivi, con la differenza, rispetto ai normali rapporti contrattuali, che le tariffe vengono fissate unilateralmente, senza cioè una vera contrattazione tra le parti, trattandosi di contratto per adesione. Il Gestore, infatti, propone all'utente offerte contrattuali diverse, con tariffe predeterminate, limitandosi la trattativa alla scelta tra più offerte di servizi senza intervento dell'utente sul prezzo.

L'xxx. Infusini lamenta, innanzitutto, di aver ricevuto bollette con l'addebito di un canone superiore rispetto a quello concordato, documentato attraverso il volantino pubblicitario depositato.

Fastweb, invece, pur non riconoscendo esplicitamente il volantino, deduce, solo in seguito a istanza istruttoria, l'esistenza di un rapporto di agenzia con la società ONECOM SRL, eccependo altresì che, stante la conclusione del contratto asseritamente intervenuta con l'attivazione tecnica del 31 agosto 2009, l'offerta non era, all'epoca dei fatti, vigente.

Tuttavia, dall'esame congiunto del GU14, della memoria introduttiva di Fastweb, del fascicolo di primo grado, nonché dai documenti probatori prodotti dalle parti (v. i numerosi reclami dell'Infusini), risulta provato che l'utente si proponeva la stipula di un contratto alle condizioni vantaggiose reclamizzate nel volantino di cui era in possesso.

L'agenzia ONECOM SRL ha proposto la stipula del contratto rappresentando, con tutta evidenza, condizioni estremamente vantaggiose per l'utente.

Diversamente, poi, rispetto a quanto eccepito da Fastweb, **il contratto non si è concluso il giorno dell'attivazione**. La conclusione del contratto a seguito dell'attivazione è una delle modalità di previsione contrattuale, per la cui vigenza non si può prescindere dalla sottoscrizione dell'utente. In mancanza, dovrà necessariamente farsi riferimento alla disciplina ordinaria, giusta previsione **dell'art. 1326 del codice civile**, che recita: *"Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte"*. Orbene, il breve lasso di tempo intercorrente tra la scadenza dell'offerta contestata (31 luglio) e l'attivazione del servizio (31 agosto), il possesso del volantino da parte dell'utente, fanno ragionevolmente presumere che il contratto fosse stato concluso prima della scadenza della promozione, ovvero, che fossero state illustrate le condizioni del contratto in modo poco trasparente, inducendo, di tal guisa, l'utente alla stipula del contratto a condizioni diverse da quelle per le quali si era formato il suo convincimento.

Il diritto degli utenti all'attivazione del servizio richiesto al momento della conclusione del contratto è principio consolidato nelle delibere dell'Autorità. Altrettanto pacifico è l'obbligo d'informazione, posto a carico dell'operatore, durante la fase delle trattative. Recita, a tale

proposito, l'art. 4 della delibera 179/03/CONS: "Gli utenti hanno diritto ad un'informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazione dei servizi". Tale previsione va letta, altresì, alla luce di quanto previsto dall'art. 1337 codice civile secondo cui: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

Nel caso in esame, l'inosservanza da parte di Fastweb - ovvero di chi ha agito in nome e per conto dell'operatore - agli obblighi di trasparenza e di informazione, posti a suo carico, delinea una condotta non conforme alla buona fede tracciata dalla norma codicistica. A tale proposito, **recenti pronunce giurisprudenziali** - benché interessino campi eterogenei - **sanciscono il dovere di puntuale osservanza degli obblighi informativi dei quali è onerato il proponente**, affermando all'uopo che: "L'inadeguatezza delle informazioni fornite dalla banca in relazione alla specifica operazione finanziaria posta in essere integra, pertanto, una fattispecie di comportamento sleale, ossia contrario a quella buona fede che deve presiedere, ai sensi dell'art. 1337 c.c. e 21 TUF, 28-29 Reg. Consob 11522/98 la fase pre-contrattuale. La violazione di queste regole di condotta obbliga al risarcimento del danno patito dai clientiomissis" (Trib. Civ. di Bolzano, Sez. II, Sent. 20 ottobre 2007, n. 1305). Oltretutto, anche la Suprema Corte, attraverso la sentenza n. 17041/02, ha sancito che: "il rapporto di utenza telefonica costituisce, secondo i dettami della Corte cost n. 546 del 1994 e della Corte cost. n. 1104 del 1998, un servizio pubblico essenziale, soggetto tuttavia al regime contrattuale di diritto comune ed alle relative regole di adempimento e di prestazioni secondo buona fede".

L'art 3.1 della Carta dei servizi Fastweb, poi, prevede che "Il contratto è l'insieme costituito dalla Proposta di abbonamento relativa ai servizi FASTWEB ed e.BisMedia (sottoscritta dal Cliente ed accettata da FASTWEB, in nome e per conto proprio per quanto concerne la fornitura dei servizi FASTWEB ed in nome e per conto di e.BisMedia per quanto concerne la prestazione dei servizi e.BisMedia), le Condizioni Generali di Contratto, la Carta dei Servizi, l'Offerta Commerciale e ogni altro allegato che costituisce parte integrante ed essenziale del Contratto".

Orbene, l'indagine probatoria, esperita da questo Corecom, ha accertato la mancata sottoscrizione della proposta di abbonamento da parte dell'utente, mentre l'assenza di prova contraria da un lato e il contegno reticente dell'operatore dall'altro, forniscono una presunzione ragionevole del mancato invio dei prospetti informativi - ex art 53 del codice del consumo - all'xxx. Infusini.

Com'è noto, il Codice del Consumo ha disciplinato la fattispecie della conclusione dei contratti a distanza prevedendo (art. 50 e ss.) che prima della conclusione del contratto a distanza il consumatore debba non solo ricevere le informazioni di cui alle lettere a, b, c, d, e, f, g, h, i, l, dell'art. 52 D.Lgs l. n. 206/05, ma abbia anche il diritto di conseguirle con le modalità successivamente indicate dallo stesso articolo, allo scopo di garantire al consumatore la perfetta comprensibilità della proposta contrattuale dell'operatore; inoltre, il successivo art. 53, D.Lgs l. n. 206/05, prevede che il consumatore debba ricevere "conferma scritta o su altro supporto duraturo" di tutte le predette informazioni "prima dell'esecuzione del contratto o al momento della esecuzione stessa".

La previsione degli anzidetti artt. 52 e 53 si estende, poi, in virtù del combinato disposto degli artt. 1 e 2 dell'allegato A alla Delibera 664/06/CONS, anche ai professionisti.

Tra, le novità introdotte con la delibera n. 664/06/CONS, vi è che la volontà di sottoscrivere il contratto può risultare da una registrazione integrale della telefonata, ma in ogni caso deve essere riportata su di un modulo - anche elettronico - riportante la data e l'ora dell'avvenuto accordo.

Recita, infatti, l'art. 2 co. 6 del citato allegato: "Prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica concluso a distanza, il titolare dell'utenza telefonica deve ricevere un apposito modulo di conferma del

contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1 e all'articolo 53 Codice del consumo. Con il medesimo modulo, l'operatore comunica al titolare dell'utenza telefonica che, ove ritenga che il servizio non sia stato da lui richiesto, può proporre opposizione, a mezzo di fax o di posta elettronica, ai recapiti indicati nella stessa informativa, ferma restando la sua facoltà di opporsi in ogni tempo e con qualsiasi mezzo ad una fornitura non richiesta ai sensi dell'art. 3 e dall'art. 57 del Codice del consumo.

Nella fattispecie, dunque, Fastweb non ha provato di aver adempiuto agli obblighi di legge appena enunciati. L'assenza di prova del gestore permette, *ex adverso*, di ritenere comprovata la versione dei fatti rappresentata dall'utente.

Invero, 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). In mancanza di prova, dunque, dell'esatto adempimento da parte dell'operatore telefonico, si presume la responsabilità contrattuale di questi, giacchè lo stesso non ha provato – giusta previsione 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". In particolare, poi, gli obblighi nascenti dal contratto impongono ogni forma di assistenza, correttezza e diligenza alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt.1375 e 1176 c.c. 2 co., essendo Fastweb operatore professionale in un ramo altamente tecnico.

2.2 Con riferimento alla sospensione del servizio e ai disagi patiti dall'utente durante la procedura di rientro.

Relativamente all'espletamento della procedura, il resistente Gestore ha sostenuto ed adeguatamente documentato (attraverso la schermata Eureka) la data di attesa consegna della linea. Il rilascio era previsto originariamente per il giorno 01 febbraio 2010.

Dall'altra parte, Telecom, onerata dal fornire idonei chiarimenti, ha attestato l'emissione di due ordini di rientro, rispettivamente del 13 e del 18 gennaio 2010, entrambi annullati per un'anomalia di sistema. L'ordine di lavoro del 07 giugno 2010, invece, culminava con il rientro in Telecom avvenuto il 19 giugno 2010.

Tuttavia, l'indagine istruttoria ha accertato una responsabilità di Fastweb per la scarsa trasparenza e comunicazione manifestata nei confronti dell'utente durante la procedura di rientro.

Fastweb, nella circostanza, non ha riscontrato ai reclami del cliente (in particolare al fax dell'11 febbraio 2010 e, soprattutto, alla racc. a/r pervenuta a Fastweb il 06 marzo 2010), nonostante fosse nella piena conoscenza dell'esistenza di una procedura di migrazione *in itinere*. Tra l'altro la **delibera 247/07/Cons**, in tema di migrazione dei servizi di accesso tra operatori, espressamente prevede (artt. 17 e 20) l'obbligo dei gestori di assicurare che le procedure di migrazione si concludano *con il minimo disservizio per l'utente finale*.

Oltre al rispetto delle specifiche tecniche per il corretto espletamento della procedura, infatti, è necessario che il Gestore dimostri di aver adeguatamente informato l'utente delle eventuali difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione, mettendolo a conoscenza delle ragioni

precise del disservizio, in ottemperanza a quanto disposto dal citato **art. 4, comma 1, delibera 179/O3/CSP (v. punto 2.1 pag. 6)**

Fastweb, poi, ha continuato ad emettere fatture, nonostante l'assenza di fornitura del servizio, quantomeno fino al 30 giugno 2010.

L'esame delle fatture esibite da Fastweb, d'altronde, comprova l'assenza del servizio, giacchè non risultano telefonate per i periodi successivi al 23 febbraio 2010.

Oltretutto è stata proprio la disapplicazione delle originarie pattuizioni a indurre l'Infusini a chiedere la migrazione verso Telecom e, dunque, sussiste anche un nesso causale in tal senso.

Il rapporto di causalità sussiste (cd. teoria della causalità adeguata) in rapporto a quegli antecedenti che rappresentano, secondo una valutazione *ex ante*, condizione adeguata a produrre l'evento, in base al criterio della probabilità e del parametro dell'*id quod plerumque accidit*.

Quanto sinora prospettato attesta la mancanza di dialogo da Fastweb verso l'utente, a fronte di cui andrà corrisposto un indennizzo determinato in via equitativa.

2.3 Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente ha prodotto le copie di numerosi reclami scritti trasmessi alla società resistente sia per fax a/r che per raccomandata a/r. L'operatore, invece, non ha provato di aver risposto per iscritto alle lamentele contenute nella raccomandata a/r del 13 ottobre 2009 depositata dall'istante. In ottemperanza alla specifica richiesta istruttoria, il Gestore ha prodotto due mappe informatiche raffiguranti solo la gestione della procedura di migrazione.

Diversamente, al fine di non incorrere in responsabilità, Fastweb avrebbe dovuto allegare una risposta chiara ed esauritiva al reclamo dimostrando di aver adempiuto a quanto disposto **dall'art. 4, comma 1, delibera 179/O3/CSP.**

In particolare, poi, **l'art. 8, comma 4**, recita: "*gli organismi di telecomunicazioni indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso ...omissis* In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti".

La mancata risposta al reclamo, pertanto, determina *una mancanza di ascolto, dialogo e contraddittorio* tra utente e gestore. **Una corretta gestione del reclamo, invece, rappresenta il primo strumento deflattivo dei contenziosi telefonici, giacchè spesso è proprio l'assenza di un confronto a rappresentare la scaturigine della litigiosità dell'utente.**

Nella fattispecie, Fastweb risulta inadempiente agli obblighi nascenti *ex legge* ovvero *ex contractus*.

Tuttavia, molti reclami avanzati dall'utente sono, per oggetto, strettamente connessi tra loro; di tal guisa si reputa opportuno, per ragioni di equità, far decorrere l'inadempimento dal reclamo inviato al Gestore il 13 ottobre 2009, tramite raccomandata a.r., pervenuta a quest'ultimo il **16 ottobre 2009**. Il *dies ad quem*, invece, è determinato dal giorno (05 agosto 2010) del deposito della memoria di costituzione e risposta di Fastweb.

Infine, non si può fare a meno di rilevare la mancanza di dialogo da parte di Fastweb riscontrata durante l'espletamento della procedura di migrazione che non ha risposto ai reclami proposti dall'utente ed ha continuato ad emettere le fatture per i periodi nei quali il servizio non veniva erogato.

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

All'utente andrà corrisposto un indennizzo per i disservizi patiti e dovrà essere riconosciuto lo storno e/o il rimborso parziale delle fatture emesse, garantendo il rispetto delle condizioni contrattuali originariamente pattuite. Ogni fattura emessa dovrà essere ricalcolata applicando il canone mensile di € 22,50, oltre Iva, in luogo di € 59,50, dovranno, altresì, essere decurtati i costi di attivazione.

Dovranno essere stornate o, qualora fosse già stato eseguito il versamento, rimborsate le fatture relative ai periodi successivi alla cessazione del servizio che risulta avvenuta il 23 febbraio 2010.

Come già visto, con riferimento alla mancanza di trasparenza ed informazione durante la procedura di migrazione, poiché il gestore non ha provato – anche in questa circostanza – che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*, sarà tenuto all'indennizzo. Il *dies a quo* per il calcolo dell'indennizzo, decorre dal 24 febbraio 2010 (cioè dal giorno successivo all'ultima telefonata documentata nelle fatture). Quale *dies ad quem*, invece, si considera il 21 giugno 2010 (data di espletamento della migrazione), per un totale complessivo di 117 giorni.

In tema di mancata risposta al reclamo, invece, il *dies a quo* è il 16 ottobre 2009, da cui vanno decurtati i 30 gg., previsti dalla carta dei servizi per il riscontro al reclamo, con l'effetto di determinare un totale complessivo di 263 giorni.

Andrà corrisposto all'utente, pertanto, un equo indennizzo, giusta previsione **dell'art. 6.1 (indennizzi) della carta dei servizi di Fastweb**: *"Nel caso di mancato rispetto degli standard relativi a tempi di attivazione e risoluzione guasti, potrai richiedere a FASTWEB un indennizzo pari a 5 euro in caso di abbonamento residenziale, di 10 euro in caso di abbonamento stipulato da professionisti, 15 euro in caso di abbonamento stipulato da aziende, per ogni giorno di ritardo, con un indennizzo massimo di 10 giorni per tutte le tipologie di contratto. Nei casi in cui il ritardo supera i 10 giorni, l'indennizzo sarà pagato in una misura che contempererà le richieste dell'abbonato con i limiti della risarcibilità del danno subito per colpa di FASTWEB, così come disciplinato nelle Condizioni Generali di Contratto.*

Tuttavia, il calcolo dell'indennizzo, dovrà necessariamente prescindere dal vincolo prospettato all'interno della carta dei servizi, in ottemperanza al principio di proporzionalità, che presuppone una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito. L'indennizzo per la mancata risposta al reclamo, non rientrando tra quelli previsti *ex contractus* è determinato, equitativamente e in via d'analogia, con riguardo all'anzidetto **art. 6.1 carta dei servizi**.

In definitiva si ritiene, in via equitativa, proporzionata la corresponsione dell'indennizzo nella misura di € 5,00 al giorno, da riconoscere sia per la mancata risposta al reclamo scritto (263 g.g.), sia per la scarsa trasparenza palesata durante la procedura di migrazione (117 g.g.).

Andrà, dunque, corrisposto, all'xxx. Infusini, in via equitativa l'indennizzo complessivo di € 1.900,00 (millenovecentoeuro/00).

4. Sulle spese di procedura.

L'art. 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"*.

A tale proposito, è d'uopo sottolineare la mancata comparizione di Fastweb durante il tentativo obbligatorio di conciliazione e, di tal guisa, riconoscere al Sig. Infusini l'importo di € 150,00 (centocinquanta/00), a titolo di rimborso spese per la procedura di conciliazione e di definizione.

DELIBERA

A) L'inammissibilità dell'istanza per la domanda inerente il mancato inserimento nell'elenco telefonico.

B) L'accoglimento, nei termini di quanto già esplicito, dell'istanza presentata dall'utente Infusini in data 07 luglio 2010.

La società Fastweb Xxx, pertanto, è tenuta a:

- 1) stornare e/o rimborsare all'utente le somme eccedenti il canone mensile di € 22,50, oltre Iva; da ogni fattura dovranno, altresì, essere decurtati i costi di attivazione;
- 2) stornare e/o rimborsare tutte le fatture relative a periodi successivi al 23 febbraio 2010;
- 3) corrispondere all'istante, tramite assegno bancario e/o bonifico, l'indennizzo determinato nella somma complessiva di € 1.900,00 (mille novecento/00);
- 4) riconoscere e versare all'istante l'importo di € 150,00 (centocinquanta/00, a titolo di rimborso spese di procedura.

Con la precisazione, che le somme riconosciute a titolo di indennizzo dovranno essere maggiorate di interessi legali, calcolati dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia, sino al soddisfo.

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**.

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.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale, 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 69/2009.

La società è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica 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 giorni dalla notifica del medesimo.

I COMPONENTI

F.to Dott. Mario Campanella

F.to Prof. Alessandro Manganaro

IL PRESIDENTE

F.to Avv. Silvia Gulisano

V.

IL DIRIGENTE

F.to Dott. Rosario Carnevale