

Co.Re.Com. Cal/Ri

DELIBERAZIONE N. 192

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

Guarnaccio xxx c/ Fastweb xxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

nella seduta del giorno 18/10/2012, 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:

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

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";

l'istanza acquisita al prot. Corecom Calabria n. 7311 del 13 febbraio 2012, con cui l'utente Guarnaccio 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.;

la nota del 20 febbraio 2012 (prot. n. 8664), 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;

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

Dato atto che nessuna delle parti ha richiesto l'udienza di discussione;

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

L'utente Guarnaccio xxx ha promosso, dinanzi al Corecom Calabria, un procedimento di conciliazione nei confronti della società Fastweb xxx. La conciliazione si è conclusa con esito negativo ai sensi dell'**art. 8, co. 3, del regolamento**, in quanto il gestore non ha comunicato nei termini la volontà di partecipare alla procedura conciliativa.

Il 13 febbraio 2012, l'istante ha domandato a questo Corecom la definizione della controversia.

Il ricorrente ha esposto di aver stipulato con Fastweb, durante il mese di giugno del 2011, un contratto di utenza telefonica fissa con contestuale richiesta di migrazione dei servizi voce e adsl. Da allora, la procedura di migrazione non si è mai conclusa. L'utenza è, infatti, rimasta nella disponibilità del precedente gestore, con il quale è stato mantenuto il rapporto di fornitura.

Alla data di presentazione dell'istanza di definizione, Fastweb non ha ancora provveduto all'attivazione dei servizi, né ha giustificato il suo ritardo, in modo tale da consentire alla ricorrente di scegliere se continuare ad attendere ancora o adottare una soluzione alternativa.

L'istante, pertanto, ha domandato:

- a) la corresponsione di un indennizzo per l'omessa portabilità del numero ai sensi dell'art. 6, co. 1, delibera 73/11/CONS;
- b) il rimborso delle spese di procedura.

Fastweb, tempestivamente costituita, ha domandato il rigetto delle avverse domande, affermando quanto segue:

- 1) nel mese di giugno del 2011, la ricorrente ha aderito ad una proposta di abbonamento Fastweb. In forza dell'art. 6, comma 1, delle **condizioni generali di contratto**, *"Fastweb si impegna ad attivare il servizio entro 30 (trenta) giorni dall'esito positivo delle verifiche tecniche, che avverranno entro 30 (trenta) giorni dalla ricezione da parte di Fastweb della proposta, salvo i casi in cui subentrino impedimenti oggettivi, non imputabili a Fastweb. Pertanto, il tempo massimo per l'attivazione del servizio, in caso di esito positivo delle verifiche tecniche, sarà di 60 (sessanta) giorni che decorrono dalla ricezione da parte di Fastweb della proposta di abbonamento sottoscritta dal cliente"*
- 2) Il 12 luglio 2011 Fastweb (*recipient*) ha inviato a Tiscali (*donating*) la richiesta di migrazione della linea. Il 13 luglio 2011 è stata processata la fase 2 della procedura e, successivamente, Telecom Italia (T.I.) ha previsto la consegna della linea (cd. DAC) per il 3 agosto 2011. La DAC è stata poi rimodulata da T.I., dapprima al 12 agosto 2011 e poi al 26 gennaio 2012. Il 20 gennaio 2012, Telecom ha annullato la migrazione con causale *"l'impianto indicato non risulta attivo"*.
- 3) L'art. 18 delibera 274/07/CONS dispone espressamente che *"alla data attesa di consegna la divisione rete dell'operatore notificato effettua l'operazione di migrazione e la notifica sia al donating che al recipient"*. Diversamente, Telecom Italia, in qualità di operatore notificato, non ha eseguito la migrazione alla data prestabilita. In assenza di tale adempimento, Fastweb si è trovata nell'impossibilità di attivare i propri servizi sulla linea che è, pertanto, rimasta sempre nella disponibilità di Tiscali.
- 4) La mancata migrazione non è, quindi, imputabile a Fastweb, la quale ha tempestivamente comunicato alla Sig.ra Guarnaccio le ragioni della mancata migrazione, come da documentazione in atti.

L'operatore ha allegato, tra l'altro, una copia delle schermate Eureka e di una nota depositata presso questo Co.re.com. Con quest'ultimo documento, il gestore ha dedotto di essere in attesa della ricezione della notifica di espletamento della fase 3 da parte dell'operatore *Donor* Telecom Italia.

Fastweb ha pertanto domandato:

- a) In via preliminare, la declaratoria di inammissibilità di quelle richieste (o di quelle parti di esse) contenute nell'istanza di conciliazione non riproposte in secondo grado;
- b) l'estensione del contraddittorio nei confronti degli altri due gestori coinvolti nella procedura di migrazione, Telecom Italia xxx e Tiscali Italia xxx;
- c) nel merito il rigetto dell'istanza di definizione.

Ai sensi dell'art. 18 della delibera 173/07/CONS, sono stati richiesti chiarimenti agli altri due gestori coinvolti nella procedura di migrazione: Telecom Italia (divisione rete) e Tiscali.

Per quello che qui interessa replichiamo in sintesi le rispettive posizioni.

Posizione Tiscali.

Dopo aver dovuto bocciare con un KO due richieste di migrazione verso Fastweb (la prima delle quali pervenuta il 27 giugno 2011), è stata notificata a Tiscali, il 12 luglio 2011, un'ulteriore richiesta di migrazione finalmente andata a buon fine. La fase 2 si è, infatti, conclusa con la notifica di un OK proveniente da Tiscali. *Tuttavia*, avviata la fase 3, Telecom Italia ha notificato il 26 luglio 2011 un KO, con causale di scarto *"sovrascrittura non avvenuta"*.

Il 3 agosto 2011, Fastweb ha avviato una nuova richiesta di migrazione in fase 3, per la quale il 20 gennaio 2012 è stato notificato l'ennesimo KO da T.I., sempre con la causale *"sovrascrittura non avvenuta"*.

Posizione T.I.

Secondo Telecom, l'attivazione NPG di Fastweb con DAC al 3 agosto 2011 è stata rifiutata con la seguente motivazione di scarto: *"rete satura, risorse non disponibili"*. Per la stessa ragione non è andata a buon fine la successiva richiesta di migrazione, con DAC prevista al 12 agosto 2011. Secondo T.I. la causa dello scarto sarebbe da rinvenire nella presenza di un accesso ad internet in shared access presso l'operatore Tiscali, da cessare o - nel caso volesse essere mantenuto presso il nuovo operatore - da far migrare verso Fastweb, unitamente alla contestuale migrazione del servizio fonia.

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.

La domanda di inammissibilità dell'istanza di definizione per le richieste non riproposte in secondo grado dall'utente non può trovare accoglimento. Secondo gli insegnamenti dell'Agcom, in sede di definizione della controversia l'esame delle singole richieste di parte assume un contorno più sfumato, rispetto ai rigidi criteri giustamente adoperati dinanzi all'Autorità Giudiziaria. Lo spirito del procedimento, invero, richiede minori formalità ed è all'oggetto della controversia che bisogna guardare al fine di valutare se ricorra l'ipotesi di inammissibilità, avendo cura di controllare che esso (l'oggetto) rifletta quello avviato in primo grado.

Va, poi, dichiarata inammissibile la domanda di integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri due Gestori coinvolti nel procedimento di migrazione. Nessun procedimento di definizione risulta essere stato avviato dall'utente nei riguardi di Tiscali e/o di Telecom per la controversia in esame. L'esame complessivo del regolamento consente di coglierne lo spirito, da cui estrapolare il principio da applicare alla domanda: il procedimento di definizione, così come quello di conciliazione, nasce solo su istanza di parte e non può essere avviato d'ufficio. Non avendo pertanto l'utente depositato alcuna istanza nei confronti di Telecom o di Tiscali il procedimento non può essere esteso nei loro confronti, fatta salva la possibilità di esercitare una richiesta istruttoria verso tali controinteressati.

2. Riguardo al merito.

Le doglianze dell'istante sono fondate e meritano accoglimento nei limiti del dispositivo.

Risulta provato che tra le parti è stato stipulato un contratto di somministrazione di servizi di telefonia fissa. Ciò emerge in modo incontrovertibile dall'esame degli atti depositati dalle parti.

In particolare, nel contratto di somministrazione "*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.

2.1 Con riferimento alla mancata attivazione dei servizi voce e adsl.

La sig.ra Guarnaccio lamenta, come visto, la mancata attivazione dei servizi voce e adsl, chiedendo l'indennizzo per la mancata portabilità della numerazione telefonica. La ricorrente si duole altresì del pervicace silenzio del gestore sullo stato della procedura e sulle ragioni della mancata migrazione.

Fastweb, invece, deduce l'impossibilità di attivare entrambi i servizi per causa ad essa non imputabile.

Le ragioni dell'utente sono fondate, fatto salvo quanto di seguito enunciato in merito al *quantum* da corrispondere.

Occorre preliminarmente delimitare l'oggetto della domanda. Non è oggi in discussione un caso di mancata portabilità del numero, giacché il servizio non è stato mai attivato presso l'operatore *recipient*. Diversamente, la fattispecie inerisce la mancata attivazione dei servizi voce e adsl. La domanda inesatta dell'utente viene interpretata, in conformità alle linee guida dell'Autorità, nel suo significato più logico e pertinenziale.

Ciò posto, la mancata attivazione dei servizi è provata, in quanto fatto incontrovertibile tra le parti.

La ragione della mancata attivazione dipenderebbe: secondo T.I. dalla presenza dello SHA da cessare presso Tiscali, ovvero dalla tipologia di accesso domandata da Fastweb; secondo Fastweb dipenderebbe soprattutto da Telecom; per Tiscali la responsabilità sarebbe da imputare ad uno degli altri due operatori. Ciascuno dei tre gestori coinvolti nella procedura afferma, quindi, la responsabilità degli altri, offrendo diverse chiavi di lettura della vicenda.

L'unico fatto incontrovertibile è che l'utente non è stato informato adeguatamente delle ragioni della mancata migrazione o, quantomeno non è stata offerta una prova adeguata nel presente procedimento. Non è presente in atti, infatti, una comunicazione indirizzata alla ricorrente, diretta ad informarla delle ragioni del ritardo, né assume alcun valore un ipotetico e verosimilmente non esaustivo contatto telefonico tra le parti.

Parimenti, le risultanze istruttorie non permettono di evitare l'imputabilità dell'inadempimento nei confronti di Fastweb.

Sulla scia degli orientamenti definitivi prevalenti si giunge, pertanto, a comporre gli interessi in conflitto, avvalendosi dei principi di ripartizione del carico probatorio concretamente applicati nel processo civile. In particolare, secondo giurisprudenza pacifica, l'onere della prova, in tema di fornitura del servizio nell'ambito del settore delle telecomunicazioni, è ripartito tra utente (creditore) e gestore (debitore) in tal senso: *"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 e 936/10). Il nodo si risolve, quindi, alla luce dell'anzidetto criterio di ripartizione del carico probatorio e tenuto conto delle risultanze istruttorie. A fronte, pertanto, della puntuale deduzione dell'utente della mancata attivazione dei servizi, era onere del gestore contestare l'affermazione dimostrando di aver rispettato i tempi sanciti dalla carta dei servizi e dalla disciplina di settore. In particolare, **secondo l'art. 6, comma 1, delle condizioni generali di contratto**, *"Fastweb si impegna ad attivare il servizio entro 30 (trenta) giorni dall'esito positivo delle verifiche tecniche, che avverranno entro 30 (trenta) giorni dalla ricezione da parte di Fastweb della proposta, salvo i casi in cui subentrino impedimenti oggettivi, non imputabili a Fastweb. Pertanto, il tempo massimo per l'attivazione del servizio, in caso di esito positivo delle verifiche tecniche, sarà di 60 (sessanta) giorni che decorrono dalla ricezione da parte di Fastweb della proposta di abbonamento sottoscritta dal cliente delinea in modo chiaro i tempi di attivazione dei servizi: 60 giorni solari dalla ricezione dell'ordine.*

Per altro verso, ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP e conformemente ad un indirizzo consolidato in seno all'Agcom (*ex multis*, delibera 116/11/CIR), gli operatori devono fornire - anche sotto il profilo temporale - i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto. Qualora l'utente lamenti, pertanto, l'inadempimento o il ritardo rispetto alla richiesta prestazione di attivazione della linea, **l'operatore, per escludere la propria responsabilità deve dimostrare che i fatti oggetto di doglianza siano stati determinati da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo. Il gestore deve altresì provare di aver adeguatamente informato l'utente delle eventuali difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione. Non è da ritenersi sufficiente, quindi, un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, bensì l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto.**

Diversamente invece, da quanto imposto dagli obblighi regolamentari, Fastweb nonostante il ritardo nell'attivazione del servizio, non ha informato l'utente delle ragioni della mancata conclusione della procedura di migrazione, lasciandolo in uno stato di perenne incertezza.

Parimenti Fastweb, onerata dalla prova in quanto titolare del rapporto di fornitura, non dimostrò che la mancata attivazione dei servizi fosse dipesa da causa ad essa non imputabile.

Da quanto sopra discende il diritto dell'utente ad un indennizzo per la mancata nell'attivazione dei servizi.

3. Indennizzi, rimborsi e storni.

Va riconosciuto alla ricorrente un indennizzo per la mancata attivazione dei servizi voce e adsl. Il *dies a quo* è, invero di difficile individuazione. E' pacifico che l'adesione al contratto sia avvenuta durante il mese di giugno del 2011. Tuttavia non è altrettanto certa la data dell'accordo. Nessuna delle parti lo allega. L'unico dato incontrovertibile è il giorno di ricezione della prima richiesta di migrazione da parte di Tiscali: il 27 giugno 2011.

Il *dies ad quem* - in conformità ad un orientamento definitorio consolidato - è la data di presentazione dell'istanza di definizione (il 13 febbraio 2012).

L'arco temporale tra le due date è ridimensionato per effetto della decurtazione dei sessanta giorni di "franchigia", fissati dall'art. 6, comma 1, delle condizioni generali di contratto.

Il *quantum* del ristoro è disciplinato dall'articolo 3, comma 3, dell'allegato A alla delibera n.73/11/CONS: "*nel caso di ritardo nell'attivazione del servizio rispetto al termine massimo previsto dal contratto, ovvero di ritardo nel trasloco dell'utenza, gli operatori sono tenuti a corrispondere un indennizzo per ciascun servizio non accessorio pari ad euro 7,50 per ogni giorno di ritardo.....omississe il ritardo riguarda procedure per il cambio di operatore gli importi di cui al comma 1 sono ridotti ad un quinto*". L'importo giornaliero è pari, quindi, ad € 1,50 *pro-die* (un quinto di € 7,50). Siffatto parametro è poi da riconoscere per ciascun servizio non attivato.

All'utente dovranno essere riconosciute le seguenti somme:

€ 256,50 (duecentocinquantesi/50), per 171 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio voce;

€ 256,50 (duecentocinquantesi/50), per 171 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio adsl.

Come da orientamento consolidato, il calcolo dell'indennizzo, si conforma altresì ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, che presuppongono una corrispondenza tra l'indennizzo erogato ed il pregiudizio subito.

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 fondatezza dell'istanza, il comportamento complessivo delle parti, le eccezioni svolte e le difese. Si riconosce, pertanto - in conformità a quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, della delibera n.173/07/CONS - l'importo di € 150,00 (centocinquanta/00), in favore dell'utente, a titolo di rimborso spese di procedura di conciliazione e di definizione.

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. Alessandro Manganaro, nell'odierna seduta; All'unanimità dei voti espressi nelle forme di legge

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, della domanda depositata dalla sig.ra Guarnaccio xxx.

La società **Fastweb xxx**, pertanto, è tenuta, a riconoscere e versare all'istante, attraverso assegno bancario e/o bonifico:

- 1) € 256,50 (duecentocinquantesi/50), per 171 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio voce;
- 2) € 256,50 (duecentocinquantesi/50), per 171 giorni di ritardo nell'attivazione del servizio adsl;
- 3) € 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/O3/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 Prof. Carmelo Carabetta

f.to Dott. Gregorio Corigliano

IL PRESIDENTE

f.to Prof. Alessandro Manganaro

V. Il Direttore del Co.Re.Com. Calabria
f.to Avv. Rosario Carnevale