

Co.Re.Com. Cal./BA

DELIBERAZIONE N. 21

Oggetto: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA – xxxx di DE ROSE xxxx / FASTWEB xxx./ TELECOM ITALIA xxxxx

IL COMITATO REGIONALE PER LE COMUNICAZIONI

Nella seduta del giorno 12/02/2013, 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 ss.mm. e ii.;

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 ss.mm. e ii.;

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 con cui l'xxxx xxx ha chiesto l'intervento per la definizione della controversia in essere con la Società Telecom 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 ss. mm. e ii.;

la nota del 16 ottobre 2012, prot. n. 44885, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia contro l'operatore Fastweb xxx.;

la nota del 31 dicembre 2012 trasmessa con prot. Co.Re.Com. Calabria n. 56756, con cui il Responsabile del procedimento istruttorio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 15 del summenzionato Regolamento, l'avvio del procedimento finalizzato alla definizione della deferita controversia contro l'operatore Telecom xxx.;

considerata la richiesta, inviata alle parti, da questo Co.Re.Com., prot. n. 55792 del 19 dicembre 2012, con cui si chiede alla società Telecom, di fornire in ossequio all'art.18 della Delibera Agcom 173/07 CONS, copia della documentazione relativa alle utenze intestate al signor De Rose xxxx n.q.r.l dell'xxxx xx, nonché al ricorrente di inviare copia della documentazione dimostrativa che lo stesso è il rappresentante dell'xxx xx.;

vista la nota di risposta della Telecom xxx, prot. Co.Re.Com. Calabria n. 154 del 3 gennaio 2013, alla richiesta di integrazione istruttoria con cui viene inviata la documentazione richiesta;

vista la nota di risposta dell' xxx xx, prot. Co.Re.Com. Calabria n. 56149 del 21 dicembre 2012 alla richiesta di integrazione istruttoria, con cui viene inviata la documentazione richiesta;

vista la nota del 4 gennaio 2013, con cui il Responsabile del procedimento ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 18 comma 4 del summenzionato Regolamento, la riunione dei procedimenti finalizzata alla definizione delle deferite controversie;

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

Considerato quanto segue:

Oggetto della controversia e risultanze istruttorie

Il signor De Rose xxx r.l. dell'xxxx., ha promosso dinanzi al Co.Re.Com. Calabria, procedimento di Conciliazione contro l'operatore Fastweb e Telecom xxx.. Dagli atti del procedimento, è emerso, che l'xxxx xx, nel mese di gennaio 2012, ha aderito all'offerta di Fastweb: "Parla e naviga" per tutte le utenze fisse serventi la propria attività commerciale. Il ricorrente, sostiene che ha chiamato più volte il servizio clienti della Fastweb per lamentare i disservizi. In particolare, lamenta di non aver potuto utilizzare il proprio centralino analogico, in quanto necessario il collegamento ISDN, nonostante l'agente Fastweb, ha assicurato al ricorrente la funzionalità anche senza necessità di tale impianto.

La mancata erogazione del servizio, ha indotto l'istante ad effettuare tramite raccomandata reclamo al gestore (il 20 aprile 2012) per chiedere il rientro in Telecom. Solo il 2 maggio 2012, Fastweb, ha attestato l'esistenza di un disservizio di fonia, dichiarando lo stesso "*interrotto per passaggio ad altro operatore*". Sostiene ancora il ricorrente che Fastweb ha ostacolato il rientro in Telecom, avvenuto solo il 24 settembre 2012. Ha lamentato che i disservizi subiti, hanno riguardato vari servizi quali: il poss, il servizio telefax, la connessione ad internet, il servizio voce, il centralino telefonico. Nonostante ciò, il gestore telefonico, ha continuato ad emettere fatture. Sostiene che esiste pertanto, una posizione creditoria, da far valere nei confronti del gestore telefonico, con conseguente ripetizione dei relativi importi. Ha inviato numerosi reclami, ma non ha mai ricevuto risposta, per cui il 29 giugno 2012, ha proposto tentativo di conciliazione. A seguito di verbale di mancata conciliazione ai sensi dell'art. 8, comma 3, del regolamento allegato alla delibera AGCOM n. 173/07 Cons., l'istante ha introdotto il presente contenzioso nei confronti della Fastweb depositando il 16 ottobre 2012 istanza di definizione della controversia, con cui ha chiesto:

"annullamento di tutte le fatture emesse in costanza di inadempimento contrattuale;

restituzione di quanto corrisposto a titolo di anticipo conversazioni;

riconoscimento, per ciascuna delle utenze oggetto della presente procedura definitoria (principali ed accessorie) di indennizziper inadempimento contrattuale consistente nella mancata eliminazione del disservizio relativo al servizio fonia.....adsl.....ISDN per il funzionamento del centralino analogico...per aver ostacolato la richiesta di rientro in Telecom xxx.....per mancata, pertinente, specifica gestione e risposta scritta sul merito dei reclami presentati dall'utente...rimborso delle spese di procedura."

Il 15 novembre 2012, la Fastweb, nel rispetto dei termini assegnati con l'avvio del procedimento, ha presentato memoria illustrativa nella quale ha contestato le domande del ricorrente, eccependo in particolare che:

- 1) le richieste inoltrate con istanza di definizione dal signor De Rose xxx, sono inammissibili nella parte in cui non hanno formato oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione;
- 2) in via preliminare eccepisce il difetto di legittimazione attiva del sig. De Rose xxx. Invero, il rapporto contrattuale è concluso tra Fastweb e l'xxxx xx e non con il sig. De Rose. Né lo stesso, ha depositato alcuna documentazione comprovante i propri poteri legali quale rappresentante della predetta società;
- 3) contrariamente a quanto asserito, la linea dell'istante è sempre stata funzionante, come risulta dal dettaglio traffico telefonico presente nelle fatture;
- 4) il 27 aprile 2012, ha segnalato un guasto sulla propria linea;
- 5) il successivo 2 maggio 2012, quindi nel termine di 72 ore - previsto dalla carta dei servizi-, i tecnici hanno effettuato un intervento risolutivo del problema;
- 6) successivamente a Fastweb non risulta altra segnalazione.

Sulla richiesta di cessazione con rientro in Telecom, (dedotta con istanza introduttiva del presente contenzioso dal ricorrente), lo stesso ha sostenuto di aver ricevuto una lettera di recesso dal contratto il 10 luglio 2012. Il successivo, 8 agosto 2012, Fastweb ha inviato a Telecom la richiesta di cessazione

con rientro della linea attorea come da schermata che deposita. Telecom, ha bocciato la predetta richiesta, con la seguente motivazione *"presente un ordinativo in corso NP relativo alla Directory Number"*. Il 30 agosto 2012, Telecom ha avviato una richiesta di migrazione della linea, espletata positivamente il 24 settembre 2012.

Sulla richiesta formulata dal ricorrente in merito, alla ripetizione degli importi fatturati, FASTWEB sostiene di aver applicato i costi di cui all'offerta commerciale ed inoltre che da parte dell'istante non è stata mai contestata alcuna fattura. A tal punto, l'art. 23 delle condizioni generali di contratto stabilisce espressamente che: *"i reclami in merito agli importi fatturati potranno essere inoltrati con ogni mezzo e dovranno comunque essere confermati tramite a/r entro 15 giorni dalla data di scadenza della fattura"*.

Ha sostenuto ancora, che nessun ritardo può essere alla stessa imputato per i disservizi occorsi all'istante atteso che, ha fatto quanto di sua competenza per consentire la migrazione dell'utenza nel rispetto dei termini.

Il ricorrente, il 19 novembre 2012, ha fatto pervenire note di replica contro deduttive alla memoria difensiva Fastweb, con cui ha contestato integralmente le argomentazioni ed eccezioni preliminari e di merito, in quanto infondate in fatto e in diritto, oltre che non documentate e generiche. In merito alla asserita carenza di legittimazione attiva dal ricorrente, ha richiamato la fattura Fastweb n. 1830470 del 14 marzo 2012, dove è previsto l'addebito del corrispettivo dei servizi in capo all'xxx xx, sul conto corrente intestato al signor xxx De Rose; ed ancora lo stesso reclamo inviato inoltrato a Fastweb, sottoscritto sempre dal De Rose. A tal riguardo, le richieste avanzate dall'istante sono esattamente le medesime del primo grado. Contrariamente a quanto sostenuto, l'operatore non ha minimamente provato la regolare erogazione ed il corretto e costante funzionamento dei servizi oggetto del contratto di abbonamento sottoscritto con l'istante. Quanto alla lettera di recesso del contratto che Fastweb dichiara di aver ricevuto il 10 luglio 2012, il ricorrente sostiene di non averla mai inviata, Fastweb infatti non la produce. Seguì comunicazione inviata dall'istante alla FASTWEB il 6 agosto 2012, il settore affari legali in riscontro alla richiesta di adozione di provvedimento temporaneo ex art. 5 delibera AGCOM 173/07/CONS relativo alle utenze xxx xxxxxx e xxxx xxxxx, afferma esattamente il contrario a quanto sostenuto in precedenza e cioè: *"nel caso di specie non si tratta di procedura di cessazione con rientro in Telecom (procedura prevista in caso di disdetta inoltrata dall'utente a mezzo raccomandata a/r con espressa richiesta di cessazione con rientro) ma di procedura di migrazione"*. Deve ritenersi quindi che Fastweb ha ostacolato il passaggio ad altro operatore di tutte le utenze. Ha evidenziato ancora la richiesta di annullamento delle fatture e di mancata risposta ai reclami, rimandando, per il resto all'istanza di definizione presentata.

Il ricorrente, ha adito questo Co.Re.Com., avviando il tentativo di conciliazione anche contro l'operatore Telecom xxxx rappresentando che: *"l'istante società, intestataria delle 4 utenze fisse...a mezzo telefax del 20 aprile 2012 per il tramite del proprio rappresentante legale, avanzava con riferimento alle stesse, richiesta di migrazione in Telecom xxxx con attivazione della linea valore + isdn+ internet 7 mega"*.

Il ricorrente, sostiene che ha inviato il 9 e il 23 luglio 2012, numerosi solleciti per lamentare i disservizi occorsi e la mancata migrazione verso l'operatore Telecom, ma non ha ricevuto alcun riscontro da parte del gestore.

La richiesta di migrazione è stata tardivamente effettuata solo il 24 settembre 2012, soltanto per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx, ma non per le 2 ulteriori oggetto di contratto.

Tale situazione ha arrecato gravi disagi al ricorrente per la propria attività lavorativa. Ha presentato, istanza per tentativo di conciliazione per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx e altra istanza per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx. Contestualmente ha prodotto anche istanza per provvedimenti temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio mai attivato. Il 14 agosto 2012, il Co.re.Com. Calabria

emetteva provvedimento per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx, successivamente migrate in Telecom il 24 settembre 2012.

Per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx, nonostante la richiesta di informazioni trasmessa ex art. 5, comma 8 delibera AGCOM 173/07/CONS, la richiesta di migrazione formulata è rimasta senza esito.

Conseguentemente, all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione, ha introdotto il presente contenzioso nei confronti di Telecom depositando il 24 dicembre 2012 istanza di definizione della controversia, con cui ha richiesto:

- 1) indennizzo per ritardata portabilità dell'utenza n. xxxx xxxxx, per ritardata attivazione del servizio fonia, per ritardata attivazione del servizio ISDN, per omessa attivazione del servizio ISDN; per omessa attivazione del servizio adsl; per ritardata portabilità;
- 2) indennizzo per ritardata portabilità dell'utenza n. xxx xxxxx dal 20 aprile 2012 al soddisfo, per ritardata attivazione del servizio fonia; per ritardata attivazione del servizio adsl; per ritardata attivazione del servizio ISDN;
- 3) indennizzo per ritardata portabilità dell'utenza n. xxx xxxxx, per ritardata attivazione del servizio fonia, per ritardata attivazione del servizio ISDN, per omessa attivazione del servizio ISDN per omessa attivazione del servizio ISDN; per omessa attivazione del servizio adsl;
- 4) indennizzo per omessa attivazione del servizio fonia dell'utenza n. xxx xxxxx, per omessa attivazione del servizio adsl per omessa attivazione del servizio ISDN
- 5) separato indennizzo per mancata pertinente specifica gestione e risposta scritta sul merito dei reclami presentati.
- 6) rimborso spese di procedura;
- 7) chiede altresì che i singoli indennizzi siano liquidati per ciascuna delle utenze oggetto della procedura definitiva.

L'operatore Telecom xxx., il 16 gennaio 2013, ha fatto pervenire propria memoria difensiva avverso l'istanza di definizione della controversia, e ha rappresentato quanto segue:

- 1) l'istante chiede un indennizzo per ritardata migrazione in Telecom del n. xxx xxxxx e per la mancata migrazione del n. xxx xxxxx;
- 2) il 19 aprile, il legale rappresentante dell'xxx xx., ha chiesto il rientro in Telecom della linea telefonica xxx xxxx con numero aggiuntivo xxx xxxxx;
- 3) il 2 maggio 2012, il cliente sollecita il rientro. La Telecom, ha fornito spiegazioni in merito e così il 19 luglio 2012, ha inviato una missiva all'istante con cui è stato informato che i tempi di rientro sono legati al rilascio della linea da parte dell'OLO;
- 4) il 31 luglio 2012 ha presentato istanza al Co.Re.Com., unitamente alla richiesta di provvedimento ex art. 5 inoltrato ad ambedue i gestori interessati, presentato solo per la numerazione xxx xxxxx con la linea aggiuntiva, a seguito del quale l'utenza è stata attivata;
- 5) specifica ancora che, per tali numerazioni risulta un'attivazione standard NPG Fastweb eseguita il 22 marzo 2012, una richiesta di cessazione con rientro, notificata da OLO al 31 agosto 2012 riscontrata negativamente in quanto " *presente un ordinativo NP relativo alla directory number*". Una successiva richiesta sempre notificata da OLO espletato positivamente il 24 settembre 2012. Ad oggi le linee sono attive con Telecom;
- 6) tale provvedimento è inoltrato ad ambedue i gestori interessati, a seguito del quale l'utenza portante il numero xxx xxxxx è stata attivata il 24 settembre 2012;
- 7) per la numerazione xxx xxxx (non presente sul sistema commerciale business), vi è stato un errore di indicazione delle utenze nel modulo di rientro in Telecom, risolto il successivo 26 aprile 2012;
- 8) la richiesta gestita dal gruppo "PDC", risulta chiusa il 7 giugno 2012 con il sottostato " *altro ordine in corso*";

9) il 9 luglio 2012 il cliente reclama il ritardo nel rientro delle utenze, definito "non Fondato" dal gestore, in quanto i tempi di rilascio delle linee da parte dell'Olo, e il cliente è stato informato tramite lettera;

10) anche per tali numerazioni presenta il 31 luglio reclamo in Co.Re.Com.;

11) evidenza che per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx, non risulta pervenuto alcun provvedimento ex art.5, né richieste di cessazione /rientro in Telecom.

Conclude chiedendo il rigetto dell'istanza presentata dal ricorrente in quanto non sussiste alcuna responsabilità di Telecom.

L'istante il 25 gennaio 2013, produce memorie di replica, controdeduttive alla memoria difensiva Telecom, con le quali ha contestato quanto asserito da Telecom nelle proprie memorie, in quanto non ha provato la mancanza di proprie responsabilità nella ritardata migrazione delle utenze. Nelle missive inviate all'istante, non fa riferimento alle utenze costituenti oggetto della presente procedura definitiva, ma lo avrebbe solo informato che " i tempi di rientro sono legati al rilascio delle linee da parte dell'OLO". Al contrario Fastweb, con propria nota del 6 agosto 2012, di risposta alla richiesta di informazioni richiesta dal Co.Re.Com. in sede di adozione di provvedimento temporaneo ex art. 5 per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx, ha dichiarato di aver fornito il codice di migrazione, tuttavia trattandosi " di procedura di migrazione e non di cessazione con rientro (la quale si verifica a mezzo di disdetta inoltrata dall'utente a mezzo di lettera a/dr con espressa indicazione di cessazione con rientro) in qualità di operatore donating non poteva che attendere l'avvio da parte del recipient Telecom Italia di idonea richiesta di migrazione". Per quanto riguarda le altre due utenze, Telecom, sostiene che il provvedimento ex art. 5 non è stato presentato anche per le risorse xxx xxxxx e xxx xxxxx (come invece è presente in atti).

Il 25 gennaio 2013 prot. n. 4141, il rappresentante dell'xxx xx fa pervenire a questo Co.Re.Com. nota con la quale evidenza che , ha provveduto ad inviare alla Telecom le note di replica trasmesse per il ricorrente, in quanto durante l'udienza tenutasi per il procedimento in questione, il gestore ha affermato di non averle ricevute. Richiama all'attenzione del Co.Re.Com., nel ritenere integrata la responsabilità di Telecom per i fatti oggetto di controversia, la mancata ricezione da parte della stessa del provvedimento ex art. 5 relativo alle utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx, il cui rituale deposito da parte dell'istante è documentato agli atti della presente procedura.

Con nota del 4 gennaio 2013 , il Co.Re.Com. ha comunicato alle parti, ai sensi dell'art. 18 comma 4 del Regolamento, la riunione dei procedimenti finalizzata alla definizione della deferita controversia.

Motivi della decisione

1. In tema di rito.

Preliminarmente, si osserva che le istanze soddisfano i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento ed è pertanto procedibile .

Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria per il maggior danno.

L'udienza di discussione per il presente ricorso si è tenuta, nei confronti di entrambi gli operatori, in quanto richiesta espressamente dalle parti e ritenuta necessaria ai fini dell'odierna decisione.

2. In merito

La domanda del il signor De Rose xxx, n. q. di rappresentante dell'xxx xx, verte sostanzialmente sull'inadempimento parziale del contratto dallo stesso sottoscritto con l'operatore Fastweb, sulla mancata migrazione delle proprie utenze in Telecom xxx., sulle domande – indennizzi e rimborsi – conseguenti agli inadempimenti dedotti.

Le eccezioni preliminari mosse da parte dell'operatore Fastweb, riguardano il difetto di legittimazione attiva del sig. De Rose xxx, in quanto, il rapporto contrattuale è concluso tra Fastweb e l'xxx xx. e non con il sig. De Rose xxxx. Né lo stesso, sostiene ancora il gestore, ha depositato alcuna documentazione comprovante i propri poteri legali quale rappresentante della predetta società. Seguendo richieste istruttorie inviate alle parti, da parte di questo Co.Re.Com., il ricorrente il 21 dicembre 2012, invia copia visura camerale della società xxx xx, alla cui pag. 4 sono indicati i dati relativi all'amministratore unico/rappresentante legale: sig. De Rose xxxx.

Altra questione che va esaminata in via preliminare è l'eccezione sollevata da parte dell'operatore Telecom, il quale sostiene che per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx non risulta pervenuto alcun provvedimento ex art. 5, né richieste di cessazione /rientro in Telecom. Il ricorrente, al contrario ha rappresentato che il 31 luglio 2012, unitamente alle istanze di definizione ha presentato richiesta di provvedimento ex art. 5 nei confronti di ambedue i gestori, per tutte le numerazioni intestate all'xxx xx. Orbene, in atti, risultano al protocollo Co.Re.Com, due istanze ex art. 5 presentate rispettivamente per le numerazioni xxx xxxxx e xxx xxxxx prot. 34500 del 31.07.2012, trasmessa regolarmente agli operatori telefonici coinvolti, ai quali si chiede di rispondere nel termine di 5 gg dal ricevimento alle informazioni richieste per l'evasione della pratica. A tale istanza segue il 14 agosto 2012, adozione di provvedimento ex art. 5.

Altra istanza presentata riguarda le numerazioni xxx xxxxx e xxx xxxxx prot. 34509 del 31 luglio 2012, trasmessa regolarmente agli operatori telefonici coinvolti, ai quali si chiede di rispondere nel termine di 5 gg dal ricevimento alle informazioni richieste per l'evasione della pratica a cui non si è dato seguito con l'adozione della successiva determina. Ciò considerato, a parere di questo Co.Re.Com, le parti sono state regolarmente informate dell'istruttoria delle due istanze e quindi avrebbero dovuto attivarsi per mettere in atto tutte le procedure necessarie per arrecare all'istante il minor disagio possibile. Ancora, ai fini dell'odierna decisione, si è deciso di analizzare tale questione in quanto sollevata dalle parti, ma si considera non determinante ai fini di un convincimento definitivo, in quanto non determina una responsabilità in capo ad un operatore rispetto ad un altro ed ancora in quanto si tratta di una fase del procedimento conclusa in fase conciliativa e pertanto che non riguarda la fase della definizione della controversia!!

3.Sulla richiesta di indennizzo per malfunzionamento della linea Fastweb

L'istante reclama un malfunzionamento della propria linea successivamente all'attivazione della stessa da parte di Fastweb. Orbene, agli atti è presente un reclamo, inviato all'operatore datato 20 aprile 2012, con il quale il signor De Rose, fa presente che :*" il servizio fax e di connessione ad internet non è stato efficiente, come non è stato efficiente il servizio dei tecnici intervenuti"*. Continua, sostenendo, che, nonostante i vari reclami da parte del signor De rose xxx, i tecnici Fastweb non sono stati mai reperibili. Sulla base di tale inefficienza chiede di essere risarcito dei vari danni subiti. Come già detto, la domanda di risarcimento danni, non può trovare ingresso nella presente definizione, ma, deve intendersi come domanda di condanna di Fastweb xxx. al pagamento di un indennizzo, limitata perciò, alla luce dei fatti richiamati, ad un indennizzo per malfunzionamento della linea. Tuttavia, la richiesta alla corresponsione di un indennizzo proporzionato al disservizio causato, e la relativa quantificazione supposta nella memoria depositata in atti, non può essere accolta così come formulata dal ricorrente, in relazione al periodo indicato avendo fornito prova di presentazione del primo reclamo, 20 aprile 2012, e non avendo successivamente a tale periodo lamentato alcun malfunzionamento. E' presente in atti, solo la richiesta di migrazione delle proprie utenze in Telecom Italia.

Inoltre in base alla disciplina generale dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 codice civile ed al principio più volte affermato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU. n. 13533 del 30 ottobre 2001, Cass. 9 febbraio 2004 n. 2387, 26 gennaio 2007 n. 1743, 19 aprile 2007 n. 9351, 11

novembre 2008 n. 26953, e da ultimo, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. Il 20 gennaio 2010 n. 936), il creditore, che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, e può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente assumere tale inesattezza, gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Alla luce di tali principi, avendo l'istante provato la fonte negoziale del suo diritto ed avendo lamentato l'inadempimento dell'operatore, spettava a quest'ultimo provare il contrario.

L'operatore nelle proprie memorie, contrariamente a quanto asserito dall'istante, fa presente che la linea è sempre stata funzionante, ciò si evince dal dettaglio del traffico telefonico presente nelle fatture, ed inoltre ha allegato, rapporto di intervento della Fastweb del 2 maggio 2012. Successivamente all'operatore e in atti non risulta altra segnalazione.

Alla luce di quanto sin qui esposto, la richiesta dell'xxx xx, in merito alla richiesta di indennizzo per malfunzionamento della linea è rigettata.

4. Sulla richiesta di indennizzo per ritardata portabilità delle utenze e richieste di indennizzo correlate.

Dagli atti del procedimento, emerge che l'utente ha avviato, per il tramite di Telecom, procedura di migrazione ex Delibera n. 274/07/CONS il 18 aprile 2012, per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx e per le utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx. Migrazione avvenuta solo il 24 settembre 2012 per le numerazioni xxx xxxxx e xxx xxxxx.

Fastweb a tal proposito ha dichiarato di aver correttamente eseguito quanto di propria competenza, fornendo all'utente il codice di migrazione e che la responsabilità della mancata migrazione era addebitabile esclusivamente a Telecom. Fornisce schermate Eureka relativa alla richiesta di migrazione relativa al periodo agosto 2012, mentre nulla dice sulle richieste pervenute in precedenza. Inoltre ha dichiarato di aver ricevuto una lettera di recesso dal contratto il 10 luglio 2012, di cui non fornisce alcuna prova, né tantomeno fornisce alcuna prova che la mancata migrazione sia avvenuta per cause ad essa non imputabili.

Telecom, ha prodotto schermate Pitagora, dalle quali si evince che lo stesso ha tentato più volte di attivare le numerazioni, ma il relativo ordine è stato bocciato, con la seguente motivazione "*presente un ordinativo in corso.....o...altro ordine in corso...*". Il 30 agosto Telecom ha avviato una richiesta di migrazione della linea, espletata positivamente il 24 settembre 2012. Procedura ancora in corso per le numerazioni xxx xxxxx e xxx xxxxx. Dalle memorie Telecom inoltre, come documentato i reclami dell'utente hanno trovato risposta. Deduce, infine Telecom, che Fastweb, ha ostacolato la procedura.

Per un migliore inquadramento della fattispecie, occorre distinguere la posizione dell'odierno ricorrente nei confronti dei due operatori per cui è stata introdotta istanza di definizione.

Occorre premettere che in ordine al cambiamento dei fornitori di accesso, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – nell'intento di dettare 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*" – ha adottato la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, con cui ha introdotto 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, comma 2, stabilisce 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; 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.

L'articolo 17 bis della delibera 274/07/CONS prevede, in linea generale, che sia l'operatore *Recipient* (nella fattispecie, Telecom) a raccogliere la manifestazione di volontà da parte dell'utente per poi attivare il dialogo tecnico con l'operatore *Donating* (nella fattispecie, Fastweb).

Quale che sia la causa tecnica ostativa del processo di portabilità, resta evidente l'inadempimento contrattuale di Fastweb nei confronti dell'odierno istante.

In particolare, la complessa normativa testè citata suddivide la migrazione in 3 Fasi, nell'ambito di ciascuna delle quali sono dettagliatamente indicati gli adempimenti che devono essere assolti dagli operatori coinvolti (definiti "Donating", cioè l'operatore presso il quale è attiva l'utenza da migrare; e "Recipient", cioè l'operatore verso il quale l'utente intende migrare).

In particolare, nella Fase 1 l'utente aderisce ad una offerta commerciale del *Recipient* e gli comunica il proprio codice di migrazione, precedentemente fornitogli dal *Donating*. Nella Fase 2 il *Recipient* trasmette la richiesta di passaggio al *Donating* e quest'ultimo procede alle verifiche (formali e tecniche, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal *Recipient*), fornendo l'esito delle stesse al *Recipient* entro 5 giorni lavorativi, trascorsi inutilmente i quali si applica comunque il silenzio assenso; nei casi specificati dalla normativa, il *Donating* può inviare, entro lo stesso termine di 5 giorni, un KO. Nella Fase 3 il *Recipient*, ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del *Donating*, processa la migrazione entro la DAC (data attesa consegna) precedentemente concordata con il cliente; nei casi specificati dalla normativa può inviare un KO (impossibilità tecnica a fornire il servizio: ad es. per irreperibilità cliente, o problemi di rete), concordando, in tal caso, una nuova DAC (rimodulazione).

Venendo al caso che ci occupa, il ricorrente ha lamentato il ritardo nella procedura di migrazione delle proprie utenze fisse da Fastweb (*Donating*) a Telecom (*Recipient*), richiesta il 20 aprile 2012 (ancora non espletata per due utenze).

Ne deriva quindi, dal raffronto delle schermate dei sistemi Pitagora ed Eureka, rispettivamente interfaccia dei sistemi telematici di Telecom e di Fastweb – prodotti agli atti del procedimento e non contestati – e dalle memorie (rispettivamente, difensiva e istruttoria) di Fastweb e di Telecom che la stessa abbia inserito più ordini di migrazione – quale operatore *Recipient* – sul proprio sistema telematico Pitagora; correlativamente, dal sistema telematico Eureka di Fastweb, risulta "acquisita" una migrazione con "data invio richiesta" dell'agosto 2012, non fornendo altre indicazioni di ordini inseriti.

Dalla disamina del sistema normativo e regolamentare sopra descritto, nonché della documentazione acquisita agli atti del procedimento, risulta dunque che Fastweb non ha correttamente adempiuto quanto di propria competenza e che pertanto ad essa è ascrivibile la responsabilità per la mancata migrazione delle risorse numeriche intestate all'utente.

La domanda di indennizzo nei confronti Telecom xxx deve dunque essere rigettata.

Ritenuto, per quanto sopra esposto che, la società Fastweb è responsabile dei disservizi occorsi all'odierno istante in ordine alla ritardata portabilità delle utenze, quest'ultimo ha diritto agli indennizzi. Quanto alla misura, richiamati i parametri indennizzatori introdotti dalla Delibera n.73/11/CONS, si ritiene pertinente in questo caso l'applicazione dell'art. 3 della Delibera citata, rubricato "Indennizzo per ritardata attivazione del servizio", comma 1, che stabilisce un indennizzo giornaliero pari a € 7,50 per ogni giorno di ritardo. In ordine alla misura dell'indennizzo, occorre

anzitutto rammentare che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto, da un lato, tenere indenne l'istante dal disagio sopportato e, dall'altro, rispettare il principio di proporzionalità, quale corrispondenza dell'indennizzo erogato al pregiudizio subito. Considerato che le linee, intestate al signor De Rose quale rappresentante dell'xxx xx, sono state funzionanti nel periodo oggetto di contestazione, è necessario quindi tenere conto del pregiudizio subito, che risulta essere limitato, inoltre si deve fare riferimento all'art. 12, comma 1, della delibera citata, che enuncia *"l'indennizzo è applicato in misura unitaria se, per la natura del disservizio subito, l'applicazione in misura proporzionale al numero di utenze risulta contraria al principio di equità"*.

Inoltre trova applicazione anche l'art. 12, comma 3, della delibera citata, quindi l'importo deve essere considerato nella misura del doppio, in quanto utenze business. Per cui, FASTWEB è tenuta a corrispondere:

- Euro 7,50 al girono a far data dal 24 aprile 2012 al 24 settembre 2012, x2 in quanto utenze business, per totali 106 giorni lavorativi, pari a Euro 1.590,00 (millecinquecentonovanta/00).

Inoltre è riconosciuta ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, che fa riferimento al requisito dell'equità e per tenere indenne l'istante dal disagio sopportato la somma di Euro 300,00 (trecento/00) per le due utenze xxx xxxxx e xxx xxxxx, per le quali la migrazione alla data del 24 settembre 2012 non era ancora avvenuta, stabilendo in via equitativa indennizzo per il periodo successivo sino all'odierna definizione.

5. Sulla richiesta di ripetizione degli importi fatturati da Fastweb

Il ricorrente chiede all'operatore Fastweb, la ripetizione degli importi pagati, per le fatture emesse in costanza di inadempimento contrattuale. Sostiene, che lo stesso abbia, una posizione creditoria, da far valere nei confronti del gestore telefonico. Continua ribadendo che non ha mai provato la regolare erogazione del servizio, oggetto del contratto di abbonamento sottoscritto e il richiamato riferimento dell'operatore al dettaglio del traffico telefonico presente nelle fatture emesse, non è sufficiente ai fini probatori a dimostrazione della corretto funzionamento della linee. A parere dell'istante, non si può riconoscere alle fatture emesse prova della somministrazione dei servizi: *"per la sua formazione ad opera della stessa parte che intende avvalersene non può assurgere a prova del contratto....mentre nessun valore neppure indiziario le si può riconoscere in ordine alla rispondenza della prestazione stessa a quella pattuita(Cassazione Civile, Sez. III, 3.4.2008, n. 8549; ...)"*.

Al contrario Fastweb, nei propri scritti difensivi, ha sostenuto di aver applicato regolarmente i costi dell'offerta commerciale, infatti, ha sottolineato che il ricorrente non ha mai inviato alcuna missiva di contestazione degli stessi. Ha richiamato a tal fine l'art. 23 delle condizioni generali di contratto stabilisce che: *" i reclami in merito agli importi fatturati potranno essere inoltrati con ogni mezzo e dovranno comunque essere confermati tramite raccomandata a/r entro 15 giorni dalla data di scadenza della fattura"*. Considerato che agli atti, non è presente alcuna contestazione in merito, la richiesta formulata dal ricorrente di ripetizione degli importi fatturati e restituzione della somma pagata quale anticipo conversazioni a Fastweb è rigettata.

6. Con riferimento alla richiesta di indennizzo per mancata risposta ai reclami

Il ricorrente, chiede un indennizzo per mancata risposta ai reclami. A tal proposito si deve ricordare, che in qualsiasi momento del rapporto contrattuale, se un utente decide di rivolgersi all'operatore tramite reclamo al fine di ottenere precisi ragguagli sul suo singolo caso, con contestazioni nel caso di specie puntuali e circoscritte, la pratica va gestita secondo la normale procedura. Soccorre, all'uopo, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente

motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto in forma scritta per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato. Per tutte le motivazioni sopra esposte, la ritardata risposta al reclamo inviato, da cui è derivata per l'utente una *mancaza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo.

Nel caso in esame, il ricorrente asserisce con l'istanza di definizione della controversia, di aver inviato numerosi reclami telefonici e non, per lamentare il disservizio occorso, la mancata portabilità delle utenze nei confronti dell'operatore Telecom xxx. e Fastweb xxxx.

Passando ad esaminare la posizione di Telecom, agli atti, sono allegate, missive inviate all'istante di risposta ai reclami: il 19 luglio prot. n. C8786518, di replica al reclamo ricevuto il 9 luglio 2012, con cui l'operatore lo ha informato dell'impossibilità di accogliere la sua richiesta, e del 4 agosto prot. n. C8841341, di risposta al reclamo ricevuto in data 28 luglio 2012, con cui segnala che la richiesta di rientro in Telecom è stata presa in carica. Entrambi rientranti nei 30 giorni di tempo utile, previsti dalla carta servizi Telecom: "*Gli eventuali reclami possono essere comunicati agli sportelli telefonici 187 e 191, all'indirizzo indicato sul Conto Telecom Italia, a mezzo fax, o in via telematica..... Conseguentemente Telecom provvederà a valutare la fondatezza del reclamo e a comunicarvi poi l'esito della suddetta valutazione, per iscritto ed entro 30 giorni dal momento in cui il reclamo è pervenuto*". Non vi è altra prova in atti di ulteriori reclami inviati dal ricorrente.

Alla luce di tali considerazioni, questo Co.Re.Com. ritiene che non possa essere riconosciuto l'indennizzo per mancata risposta al reclamo nei confronti dell'operatore Telecom xxxx. e la relativa richiesta è rigettata.

Per quanto riguarda l'operatore Fastweb, vi è traccia documentale in ordine al reclamo che ha inviato l'istante nel corso del rapporto contrattuale, il 20 aprile 2012 per lamentare il malfunzionamento dei servizi. Lo stesso operatore ammette di aver ricevuto delle segnalazioni da parte dell'xxx xx e di aver inviato il proprio tecnico il 2 maggio 2012, come da rapporto di verifica. Si rileva, che non è stata data però all'istante un'informazione chiara e precisa, dei motivi ostativi circa la mancata attivazione/malfunzionamento dei servizi richiesti.

Alla luce delle considerazioni sopra effettuate, questo Comitato, ritiene equo e proporzionale riconoscere (ricordato che l'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche fa espresso riferimento all'equità) un indennizzo per mancata risposta ai reclami nei confronti dell'operatore Fastweb xxxx. pari a Euro 100,00 (cento/00).

7. Sulle 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*".

Nel caso di specie, l'udienza di conciliazione con l'operatore Telecom, si è conclusa con verbale di mancata conciliazione, alla presenza di entrambe le parti. L'udienza di discussione si è tenuta alla presenza di entrambe le parti, e si è conclusa con la richiesta di un rinvio. Tuttavia considerato che, le stesse successivamente sono state autorizzate a presentare, in quanto ancora nei termini, repliche, si è deciso di definire l'odierna controversia senza rendere necessaria una ulteriore udienza di discussione. Pertanto si ritiene equo compensare le spese della procedura di definizione.

Considerato invece che Fastweb non ha partecipato al tentativo di conciliazione, si ritiene congruo liquidare al signor De Rose xxx n.g. di r.l. dell'xxx xx, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione.

Per tutto quanto sopra esposto ,

Vista la proposta di decisione del Direttore del Co.Re.Com., 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

Riuniti i due procedimenti:

Il rigetto dell'istanza presentata dal signor De Rose xxx xxx. dell'xxx xx nei confronti dell'operatore Telecom xxxx.

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dal signor De Rose xxx L.r. dell'xxx xx nei confronti dell'operatore Fastweb xxxx. lo stesso è tenuto a corrispondere a favore dell'istante mediante assegno o bonifico bancario, le seguenti somme:

- 1) indennizzo per ritardata portabilità del numero, per 106 giorni lavorativi, pari a complessivi euro Euro 1.590,00 (millecinquecentonovanta/00);
- 2) indennizzo per ritardata portabilità dei numeri numeri xxx xxxxx e xxx xxxxx, pari a Euro 300,00 (trecento/00);
- 3) indennizzo per mancata risposta ai reclami pari ad euro 100,00 (cento/00);
- 4) rimborsare all'utente le spese di procedura, pari ad euro 50,00 (cinquanta/00).

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;

- 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;

- La società Fastweb xxx., è tenuta a comunicare a questo Co.Re.Com. 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 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 del Co.Re.Com.

f.to Avv. Rosario Carnevale