

DELIBERA N. 013/14/CRL/UD del 16 aprile 2014

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

██████████ di C. S. / FASTWEB ██████████

IL CORECOM LAZIO

NELLA Riunione del Comitato Regionale per le Comunicazioni del Lazio (di seguito, per brevità, "Corecom Lazio") del 16 aprile 2014;

VISTA 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*";

VISTA 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'articolo 1, comma 13, che prevede l'istituzione, quale organo funzionale dell'Autorità, dei comitati regionali per le comunicazioni e l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14, che attribuisce all'Autorità le competenze in materia di controversie tra gli utenti e i gestori);

VISTA la legge della Regione Lazio 3 agosto 2001 n. 19, recante "*Istituzione del comitato regionale per le comunicazioni*" e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO l'articolo 84 del decreto legislativo del 1° agosto 2003, n. 259, recante "*Codice delle comunicazioni elettroniche*";

VISTO l'Accordo Quadro del 4/12/2008 tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito, per brevità, "AgCom"), la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, che ha innovato la disciplina della delega di funzioni tra l'Autorità e i Comitati regionali per le comunicazioni, includendo tra le nuove funzioni delegabili anche quella relativa alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche;

VISTA la Convenzione del 16/12/2009 stipulata dall'AgCom e dal Corecom Lazio in applicazione del citato Accordo Quadro del 4/12/2008, con la quale la descritta nuova funzione di definizione delle controversie è stata delegata al Corecom Lazio a partire dal 1 gennaio 2010;

VISTO il Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con Delibera 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni (di seguito, per brevità, "il Regolamento");

VISTA la Delibera n. 73/11/CONS del 16 febbraio 2011 "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" e l'Allegato A di detta Delibera recante Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori (di seguito, per brevità, "Regolamento Indennizzi");

VISTA l'istanza pervenuta in data 18 maggio 2012, rubricata al Protocollo n. LAZIO/D/313/2012, con cui la ██████████ di C. S. (di seguito, per brevità, "██████████") ha chiesto l'intervento del Corecom Lazio per la definizione della controversia insorta con la società Fastweb ██████████ (di seguito, per brevità, "Fastweb");

VISTA la nota del 11 giugno 2012 con cui il Corecom Lazio ha comunicato alle parti, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, ed agli operatori Telecom Italia S.p.a. (di seguito, per brevità, "Telecom") e Vodafone s.p.a. (di seguito, per brevità, "Vodafone") ai sensi dell'articolo 18 del Regolamento, l'avvio di un procedimento per la definizione della predetta controversia, fissando termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTA la nota del 9 luglio 2012, con la quale l'istante ha presentato la memoria difensiva;

VISTA la nota del 10 luglio 2012 con la quale Telecom ha presentato la memoria istruttoria;

VISTA la nota del 11 luglio 2012 con la quale Vodafone ha presentato la memoria istruttoria;

VISTA la nota del 11 luglio 2012, con la quale Fastweb ha presentato la memoria difensiva;

UDITE le parti all'udienza di discussione;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Oggetto della controversia e svolgimento del procedimento.

a) L'utente ha introdotto il presente contenzioso rappresentando quanto segue:

- in data 28 gennaio 2010, la █████ stipulava con Fastweb un contratto di abbonamento Microimprese per la migrazione dall'operatore Eutelia del servizio voce e ADSL sulle utenze fisse, con richiesta di portabilità delle due linee;
- il servizio ha manifestato da subito gravi problemi tecnici, in particolare l'isolamento delle linee in alcune ore del giorno ed il mancato passaggio automatico sulla seconda linea delle telefonate entranti sulla prima linea occupata;
- visto il mancato riscontro ai reclami telefonici, il 12 luglio 2010 la █████ svolgeva un reclamo scritto, rimasto inevaso;
- il 21 marzo 2011, la █████ stipulava con Vodafone un nuovo contratto, con la portabilità delle due linee, ma, dopo ripetuti tentativi, il 23 giugno 2011, Vodafone comunicava l'impossibilità di attivazione per cause tecniche e lei non imputabili;
- persistendo il non funzionamento delle linee, l'istante svolgeva a Fastweb un ulteriore reclamo il 20 luglio 2011, rimasto anch'esso senza riscontro;
- con l'istanza di conciliazione, l'utente chiedeva ordinarsi a Fastweb l'intervento tecnico volto a far cessare il malfunzionamento ed il pagamento della somma di Euro 5.000,00 per il nocumento derivato dall'omissivo comportamento;
- all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente insisteva nella domanda. L'operatore Vodafone declinava la propria responsabilità, l'operatore Fastweb non accoglieva la proposta dell'utente e l'udienza si concludeva con esito negativo;
- con l'istanza di definizione, la █████ reiterava le domande, quantificando il danno in Euro 10.000,00 e con integrazione del 1 giugno 2012, rinunciava al contraddittorio nei confronti dell'operatore Vodafone;
- con memoria del 9 luglio 2012, la █████ precisava: a) il malfunzionamento delle linee si è protratto sino al 31 maggio 2012, avendo il 1 giugno 2012 sottoscritto un nuovo contratto con Telecom; b) per sopperire al disservizio, la █████ aveva attivato una nuova linea di telefonia

mobile; c) l'operatore aveva continuato ad addebitare i canoni nonostante il disservizio; d) la situazione tecnica non aveva permesso di effettuare la portabilità verso Vodafone. Chiedeva pertanto il rimborso delle fatture per l'attivazione della linea mobile di Euro 477,08 e il risarcimento ex Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, così quantificato: ex art. 5 dal 28 gennaio 2010 al 31 maggio 2012 Euro 4.270,00; ex art. 6 dal 21 marzo 2011 al 31 maggio 2012 Euro 4.360,00; ex art. 9 dal 28 gennaio 2010 al 31 maggio 2012 Euro 1.000,00; ex art. 11 dal 12 luglio 2010 al 31 maggio 2012 Euro 300,00, per complessivi Euro 10.407,08. Oltre al rimborso delle fatture pagate dall'attivazione al recesso e le spese di giudizio di Euro 1.000,00;

- con memoria dell'11 luglio 2012, Fastweb precisava che, a seguito della sottoscrizione del contratto con richiesta di portabilità del 28 gennaio, il 16 aprile 2010 era stata espletata la migrazione da Eutelia ed era stato attivato il servizio. Nessun disservizio era stato riscontrato sulle utenze, come dimostra anche il regolare traffico presente nelle fatture emesse ed il reclamo del 12 luglio 2010, mancante di prova dell'invio, non era stato ricevuto da Fastweb. Il 4 aprile 2011 era pervenuta richiesta di migrazione da parte di Vodafone, processata in fase 2. Il 28 aprile 2011 veniva avviata la fase 3, bocciata il 5 maggio 2011 da Telecom. La nuova richiesta di migrazione del 7 giugno veniva processata in fase 2 da Fastweb e il 17 giugno 2011 veniva avviata la fase 3, ancora pendente, mancando la notifica di espletamento sollecitata a Telecom, in mancanza della quale l'operatore non può provvedere alla chiusura del contratto. Eccepiva poi l'inammissibilità delle domande perché nuove e risarcitorie. Precisava infine di non aver frapposto ostacoli alla migrazione verso Vodafone e di non aver mai inviato KO al Recipient, concludendo per il rigetto delle domande,
- con memoria del 11 luglio 2012 a fini istruttori, Vodafone precisava che i quattro tentativi di importazione dei numeri (del 12, 13, 27 aprile e 14 giugno 2011) erano falliti per KO definitivi in fase 3;
- con memoria del 11 luglio 2012 a fini istruttori, Telecom precisava che dal sistema Pitagora risultava : a) una attivazione Eutelia eseguita il 2 maggio 2002; b) una attivazione Fastweb eseguita il 16 aprile 2010; c) una cessazione con rientro Telecom DAC 21.12.2011 rifiutata in fase 2 dal Donating e con cliente attualmente assegnato ad OLO. Nulla risultava per la linea XXXXX92357, e la numerazione era disponibile;
- all'udienza di discussione del 30 novembre 2012, le parti si riportavano ai propri scritti.

2. Motivi della decisione.

2.1. Osservazioni in rito.

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

Questo premesso, si rileva anzitutto che, 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 ed è viceversa limitato agli eventuali rimborsi o indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salvo il diritto dell'utente di rivolgersi all'Autorità ordinaria per il maggior danno.

L'eccezione sollevata dall'operatore di inammissibilità delle domande perché aventi natura risarcitoria e perché diverse nell'ammontare da quelle avanzate in conciliazione vengono rigettate, perché infondate.

L'utente ha infatti espressamente fatto riferimento alla normativa della Delibera 73/11/CONS per la liquidazione degli indennizzi ivi previsti a fronte dei lamentati inadempimenti e la diversa quantificazione degli importi di indennizzo non costituisce domanda nuova laddove riferita a identiche domande.

Costituisce invece domanda nuova, e viene pertanto rigettata, la domanda di liquidazione di indennizzo per perdita della numerazione (art. 9) svolta solo nella memoria difensiva dell'utente, non essendo stata la questione oggetto di un precedente tentativo obbligatorio di conciliazione.

2.2. Nel merito.

2.2.a. Sul malfunzionamento

L'istante lamenta il malfunzionamento del servizio di due linee telefoniche, consistito in un parziale isolamento delle linee in ricezione durante alcune ore del giorno e nel mancato trasferimento delle chiamate da una linea occupata all'altra, disservizio che si sarebbe manifestato dal 28 gennaio 2010 (data di stipula del contratto) al 31 maggio 2012 (data in cui la █████ ha sottoscritto un nuovo contratto con Telecom).

L'operatore Fastweb sul punto dichiara di non aver riscontrato il disservizio e che i servizi erano stati continuativamente erogati, come dal dettaglio di traffico presente nelle fatture del periodo.

La domanda dell'utente viene accolta, con le precisazioni che seguono.

Come è risultato dalle schermate Pitagora prodotte da Telecom e dalle schermate Eureka prodotte da Fastweb, l'attivazione dei servizi di Fastweb è avvenuta il 16 aprile 2010. Pertanto, non essendo oggetto della definizione la migrazione dal precedente operatore Eutelia ed il ritardo con cui la stessa è stata effettuata, per la valutazione del comportamento di Fastweb in ordine al malfunzionamento del servizio, deve prendersi a riferimento la data in cui l'operatore ha preso in gestione le linee, ovvero la data di attivazione dei servizi, e non la data di stipula del contratto.

Ciò premesso, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella 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), secondo il quale 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, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto un inesatto adempimento dell'obbligazione, al creditore istante sarà sufficiente allegare tale inesattezza, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ovvero da cause specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla Carta Servizi.

Ai sensi della Delibera n. 179/03/CSP (TLC, Direttiva Generale), inoltre, gli operatori devono fornire i servizi in modo regolare, continuo e senza interruzioni, nel rispetto delle previsioni normative e contrattuali.

Nella fattispecie, a fronte del dedotto malfunzionamento lamentato dall'utente sin dall'attivazione, e che, come dallo stesso affermato, non ha comportato l'interruzione totale del servizio, spettava a Fastweb provare di avere fornito il servizio in modo regolare e continuo, nonchè di avere svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio o che l'inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 codice civile o da cause specifiche di esclusione della responsabilità.

L'operatore, al di là di mere generiche affermazioni, nulla ha provato in proposito.

In forza del richiamato principio sull'onere probatorio e considerata la assoluta mancanza di prova circa interventi risolutivi da parte dell'operatore e circa l'esistenza di cause esimenti della sua responsabilità, deve ritenersi che la condotta di Fastweb non sia stata conforme al principio sancito dall' art. 3 comma 4 della Delibera n. 179/03/CSP, nè al principio fondamentale di continuità previsto dalla Carta Servizi Fastweb (art. 2), nel quale si legge: "Fastweb si impegna a fornire i servizi in modo regolare, continuativo e senza interruzioni e nei casi di irregolare funzionamento e interruzione dei servizi, a porre in essere tutte le misure necessarie per ridurre la durata di eventuali interruzioni al fine di minimizzare il disagio arrecato".

Si ritiene quindi sussista in capo all'operatore una responsabilità contrattuale per il malfunzionamento del servizio inerente le due linee, con conseguente diritto dell'utente alla liquidazione di un indennizzo per l'intero periodo in cui le linee sono state gestite da Fastweb.

Nondimeno deve rilevarsi un onere probatorio minimo anche in capo all'utente, ovvero l'effettuazione di una segnalazione di guasto al gestore di messa in mora ai fini della sua risoluzione. Come esplicitato anche in sede di "*Consultazione Pubblica*" per l'adozione del "Regolamento Indennizzi", in caso di ipotesi di malfunzionamento perdurante nel tempo per ritardo nella riparazione del guasto, la misura compensativa può essere applicata, anziché alle singole giornate interessate dal disservizio, all'intero periodo intercorrente tra la data di segnalazione e l'effettivo intervento tecnico (nella fattispecie la risoluzione contrattuale).

L'utente ha dichiarato di aver svolto numerosi reclami telefonici – non circostanziati - i quali, rimasti privi di riscontro, lo hanno indotto a formalizzare il reclamo per iscritto; tuttavia, dalla segnalazione del 12.7.2010, peraltro sfornita di prova circa l'avvenuto inoltro, non risulta che l'utente abbia lamentato il parziale isolamento delle linee, facendo riferimento unicamente alla mancata attivazione del trasferimento di chiamata "esplicitamente richiesto" nonché alla mancata applicazione del pagamento automatico prescelto. Tale inadempimento, peraltro non qualificabile come malfunzionamento quanto piuttosto come mancata attivazione di un servizio (accessorio), non risulta provato nel titolo fondante (la relativa richiesta è espressamente contestata dal gestore). La prima segnalazione in ordine all'isolamento in ricezione delle linee è contenuta nella missiva del 20.7.2011 inoltrata a mezzo legale, individuabile quale *dies a quo* del disservizio, non potendolo ritenere sussistente già a partire da più di un anno addietro, in assenza di segnalazioni specifiche.

Per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo, considerata la natura "affari" delle utenze, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 5.2 e 12.2 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, si riconosce un importo complessivo di Euro 3.160,00.

2.2.b Sulla migrazione

L'istante lamenta che la situazione tecnica imputabile a Fastweb avrebbe precluso la possibilità di migrare ad altro operatore (Vodafone) e chiede la liquidazione dell'indennizzo per l'omessa portabilità.

L'operatore deduce la mancanza di responsabilità nella procedura di migrazione avviata verso Vodafone, sempre regolarmente processata in Fase 2 senza frapporre alcun ostacolo, e produce le schermate del sistema informatico Eureka.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto di contestazione, sembra utile premettere alla valutazione di merito della condotta tenuta da Fastweb una sintetica descrizione del quadro normativo e regolamentare in materia di migrazione della telefonia fissa, evidenziando gli aspetti di maggior rilievo in un'ottica di tutela del consumatore.

La legge 2 aprile 2007, n. 40, recante *“conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese”*, ha riconosciuto all'utente finale la facoltà di trasferire il contratto di fornitura del servizio in capo ad un altro operatore, vietando vincoli temporali o ritardi, e senza spese non giustificate da costi dell'operatore.

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

A seguito di tale normativa, si è sviluppata un'ampia attività regolamentare da parte dell'AGCOM, avviata con la delibera 274/07/CONS del 6 giugno 2007, recante *“Modifiche ed integrazioni alla delibera 4/06/CONS: modalità di attivazione, migrazione e cessazione nei servizi di accesso”*, che prevede misure *“a tutela dei consumatori, in quanto garantiscono la migrazione degli utenti con minimo disservizio e la libertà di scelta degli stessi nel cambiare fornitore di servizi di accesso, in coerenza con quanto previsto all'articolo 1, comma 3 della legge 2 aprile 2007 n. 40”*.

Specificamente, la delibera 274/07/CONS introduce una procedura bilaterale volta ad assicurare una concreta attuazione della facoltà riconosciuta all'utente di trasferire la propria utenza ad altro operatore, evitando incertezze sui tempi di attivazione del servizio e disservizi. In particolare, l'articolo 17 detta alcuni principi di carattere generale relativi alle procedure di migrazione/attivazione, stabilendo al comma 2 che in caso di trasferimento delle risorse di rete di accesso tra due operatori, i tempi di interruzione del servizio all'utente finale sono ridotti al minimo (anche tramite apposite procedure di sincronizzazione), con l'obiettivo di non recare disservizi al cliente finale e al comma 12 che le causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna sono limitate a quelle contenute nell'elenco esaustivo concordato con gli altri operatori e che non sono ammesse causali generiche che non individuino l'effettivo problema riscontrato. Tale disposizione ribadisce principi già sanciti da alcune previsioni del Decreto Legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, secondo cui i tempi di

attivazione, e correlativamente di disattivazione, del servizio, costituiscono elementi che devono necessariamente far parte del contenuto minimo del contratto sottoscritto fra utente e operatore (cfr. articolo 70, comma 1, lettera b). A tal fine, le modalità di gestione dei servizi di accesso prevedono procedure di consegna del servizio a data certa, indicata dal *recipient* (c.d. D.A.C. data di attesa consegna) in fase di invio dell'ordine sulla base delle indicazioni del cliente.

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

Per quanto riguarda la c.d. procedura "OLO2OLO" (quelle in cui un consumatore intenda trasferire la propria utenza da un operatore *donating* "OLO" - vale a dire, diverso da Telecom - ad un altro "OLO"), disciplinata dalla delibera 274/07/CONS e dalle successive integrazioni e modifiche, l'AGCOM ha previsto che la relativa attivazione sia effettuata a cura dell'utente, che, allo scopo, può contattare il suo nuovo operatore *recipient* oppure il proprio *donating*. Va tuttavia sottolineato che il ruolo assegnato all'utente all'interno di tale procedura si esaurisce nella fase di avvio della stessa, di talché il buon esito di quest'ultima dipende in misura pressoché esclusiva dai suddetti operatori recipient e donating (oltre che, in misura minore, da Telecom), cui sono rimesse tutte le verifiche e gli adempimenti tecnici necessari. L'art. 18 della delibera conferisce infatti un ruolo fondamentale agli operatori *donating* e *recipient*, dal cui comportamento diligente dipende, in concreto, l'effetto utile del diritto previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 40/07.

Ne consegue che, com'è possibile evincere dal quadro normativo e regolamentare in precedenza richiamato, in assenza di un comportamento pienamente diligente e collaborativo da parte di tali soggetti, il compimento della procedura di migrazione secondo la volontà dell'utente può risultare compromesso e il relativo diritto vanificato.

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

Nella Fase 1 il cliente aderisce all'offerta commerciale del Recipient e gli comunica il proprio codice di migrazione. Il Recipient verifica che non ci siano errori di trascrizione e/o lettura del codice. Nella Fase 2 il Recipient trasmette la richiesta di passaggio al Donating e quest'ultimo

procede alle verifiche, fornendo l'esito delle stesse entro 5 giorni lavorativi, trascorsi i quali si applica il silenzio assenso. Il Donating effettua verifiche formali e gestionali, tra cui la verifica del codice segreto del cliente trasmesso dal Recipient. Nei casi specificati dalla Normativa può inviare, entro i 5 giorni, un KO. Tali Causali di scarto sono definite nell'allegato 5 all'Accordo Quadro. Nella Fase 3 ricevuto un riscontro positivo o in applicazione del silenzio assenso del Donating, il Recipient trasmette la richiesta di migrazione alla divisione rete di Telecom Italia comunicando la DAC concordata con il cliente. Telecom Italia Wholesale effettua il provisioning del servizio intermedio alla DAC. Nei casi specificati dalla Normativa può inviare un KO.

Gli operatori *recipient* e *donating* possono interrompere la migrazione o richiedere la rimodulazione della data attesa di consegna solo in casi eccezionali e non dipendenti dalla propria volontà, secondo quanto previsto all'articolo 17, comma 12, della medesima delibera 274/07/CONS.

Da quanto precede è possibile inferire l'esistenza di una speciale responsabilità degli operatori, funzionale al buon esito delle procedure di migrazione e posta a garanzia del diritto a migrare degli utenti. In concreto, tale responsabilità si traduce nell'adozione di uno *standard* di diligenza rafforzato, da cui discende la necessità di implementare misure e cautele idonee a garantire che il *favor* espresso dal legislatore nei confronti del diritto di migrazione non si traduca in una mera petizione di principio.

Nella fattispecie, dalla documentazione prodotta da Fastweb risulta che: a) la prima richiesta di migrazione ricevuta il 4 aprile 2011, è stata validata da Fastweb il 5 aprile 2011 ed è stata bocciata in fase 3 da Telecom il 5 maggio 2011; b) la seconda richiesta di migrazione del 7 giugno 2011 è stata validata da Fastweb l'8 giugno 2011 e di questa non vi è la notifica di espletamento. Dalla documentazione prodotta da Vodafone, risulta che i quattro tentativi di importazione delle linee sono tutti falliti per KO definitivo in Fase 3 per impedimenti tecnici, mandando peraltro esente da responsabilità detto gestore il quale ha tempestivamente informato l'utente dell'impossibilità tecnica della prestazione, risolvendo il contratto (cfr. nota del 23.6.2011 prodotta dall'utente), con ciò assolvendo agli obblighi informativi di cui all'art. 3 comma 2, del Regolamento Indennizzi.

Dalla lettura congiunta delle risultanze della documentazione su richiamata, deve quindi concludersi che la mancata migrazione verso Vodafone non sia imputabile a Fastweb, che, nella sua qualità di Operatore Donating, ha posto in essere tutte le attività ad esso richieste.

Né alcuna responsabilità può porsi a carico di Fastweb in forza della schermata Pitagora dei sistemi informatici di Telecom, atteso che in essa si fa riferimento ad una procedura di cessazione con rientro, non menzionata dall'istante.

La domanda dell'utente viene pertanto rigettata.

2.2.c. Sulla domanda di rimborso delle fatture

L'istante chiede il rimborso delle fatture Fastweb pagate dal giorno dell'attivazione al recesso ed il rimborso dei costi sostenuti in relazione ad una linea di telefonia mobile con Vodafone.

Le domande vengono rigettate per le seguenti ragioni.

Per quanto riguarda le fatture Fastweb, prodotte dall'operatore, dalle stesse si evince un

continuativo traffico in uscita da entrambe le linee nel periodo 16 aprile 2010- 20 aprile 2012. La conferma dell'effettivo utilizzo delle linee in uscita si ricava anche dalla precisazione fornita dall'istante in ordine al tipo di malfunzionamento lamentato ("le linee telefoniche dell'istante continuavano ad essere inattive nella sola ricezione"). Non vi è dunque motivo per rimborsare i costi sostenuti per un servizio utilizzato dall'istante, essendo l'indennizzo liquidato per il malfunzionamento compensativo dei disagi e dei costi connessi ad un servizio solo parzialmente fruito.

Per quanto riguarda le fatture Vodafone, a prescindere dal fatto che, né nella memoria, né nelle fatture prodotte dall'utente è indicata la linea dei cui costi si chiede il rimborso, con ciò non potendosi con certezza ricondurre gli importi delle fatture ad un eventuale numero di fonia mobile utilizzato dall'istante, la domanda è comunque infondata. Nel periodo 24 aprile-27 ottobre 2011, infatti, dal dettaglio delle fatture prodotte da Fastweb risulta un regolare traffico in uscita effettuato dalle linee in uso alla ██████, non risultando quindi la necessità di ricorrere ad altra linea telefonica per effettuare chiamate, e non essendo quindi rimborsabili gli eventuali costi sostenuti.

2.2. d. Mancata risposta ai reclami.

L'istante lamenta la mancata risposta ai reclami svolti, e produce due comunicazioni, una del 12 luglio 2010 ed una del 20 luglio 2011.

Sul punto, l'operatore contesta la ricezione del primo reclamo e nulla deduce riguardo al secondo.

Il primo reclamo prodotto dall'istante, espressamente contestato da Fastweb, non può essere preso in considerazione, perché privo di qualsivoglia prova in ordine all'effettivo invio. Al secondo reclamo, invece, inviato a mezzo raccomandata, l'operatore non ha fornito riscontro alcuno.

Rileva, allora, il disposto dell'articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera e anche dell'art. 4.16 della Carta Servizi), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere *adeguatamente motivata* e fornita *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 mancata risposta al reclamo inviato, come è da considerarsi la fattispecie, da cui è derivata per l'utente una *mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore*, fonda il diritto dell'utente medesimo al riconoscimento di un indennizzo "da mancata risposta al reclamo", anche in quanto inadempimento contrattuale ai sensi delle già citate previsioni di cui all'articolo 11, comma 2, della delibera 179/03/CSP e della Carta Servizi.

Per la determinazione dell'indennizzo, considerato l'orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Del. nn. 32/12/CIR, 97/12/CIR, 101/12/CIR), ai sensi dell'art. 11 dell'Allegato A del Regolamento Indennizzi, considerato che il primo reclamo è del 20 luglio 2011, detratto il tempo utile alla risposta, e il lasso di tempo intercorso fino alla data dell'udienza di conciliazione (19 marzo 2012), nella fattispecie viene riconosciuto all'utente un indennizzo per la mancata risposta al reclamo di Euro 198,00.

3. Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'articolo 19, comma 6, del Regolamento che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto *"del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione"*.

Nel caso di specie, tenuto conto del comportamento complessivamente tenuto dalle parti e delle difese svolte, si ritiene congruo liquidare l'importo di Euro 100,00 a titolo di rimborso spese della procedura di conciliazione e della procedura di definizione.

*** ** **

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

CONSIDERATO per quanto precede che la domanda proposta dalla [REDACTED] di C. S. nei confronti dell'operatore Fastweb sia da accogliere;

RITENUTO inoltre, per quanto concerne le spese di procedura, che, alla luce dei criteri generalmente seguiti da quest'Autorità, sia equo liquidare all'istante un importo onnicomprensivo di Euro 100,00, quale rimborso forfetario delle spese sostenute per la trattazione della presente procedura;

RITENUTO infine che gli indennizzi e/o i rimborsi riconosciuti dall'Autorità all'esito della procedura devono soddisfare, ai sensi dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il requisito dell'equità e pertanto tenere indenne l'istante del decorso del tempo necessario alla definizione della procedura;

VISTA la proposta e la relazione del Responsabile del procedimento

DELIBERA

L'accoglimento, nei termini esposti in motivazione, dell'istanza presentata dalla [REDACTED] di C. S. in data 18 maggio 2012.

La società Fastweb [REDACTED] è pertanto tenuta a riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, le seguenti somme, calcolate come in motivazione:

a) Euro 3.160,00 (tremila centosessanta/00) a titolo di indennizzo per il malfunzionamento del servizio oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione

della controversia;

b) Euro 198,00 (cento novantotto/00) a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo oltre interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia;

c) Euro 100,00 a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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 società è tenuta, altresì, a comunicare a questa Autorità l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

Ai sensi dell'articolo 135, comma 1, let. b), del Codice del processo amministrativo, approvato con d. l.vo 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'articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è comunicata alle parti, trasmessa all'Autorità per gli adempimenti di rito ed è resa disponibile sul sito *web* del Corecom Lazio.

Roma, 16 aprile 2014

Il Presidente

Michele Petrucci

Il Dirigente

Antonio Calicchia