

DELIBERA DL/063/15/CRL/UD del 30 marzo 2015

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

S. QUINTILI / FASTWEB XXX

(LAZIO/D/322/2014)

IL CORECOM DELLA REGIONE LAZIO

NELLA riunione del 30 marzo 2015;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*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, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTO 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;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del Lazio del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “*Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “*Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori*”;

VISTA l’istanza dell’utente S. QUINTILI, presentata in data 10.04.2014;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell'istante.

Nell'istanza introduttiva e nella memoria difensiva l'utente ha lamentato:

- i.** La mancata lavorazione della richiesta di migrazione con portabilità dei servizi voce e adsl già attivi con Vodafone e da migrarsi verso Fastweb, in forza di contratto telefonico del settembre 2013 e successiva conferma di Fastweb del 12.9.2013 (email), del 14.9.2013 (sms) e del 1.10.2013 (sms);
- ii.** Con sms inviato all'utente il 6.10.2013, Fastweb confermava il passaggio da Vodafone per il giorno successivo, 7.10.2013;
- iii.** I servizi voce e adsl risultavano interrotti a far data dal 7.10.2013;
- iv.** I reclami dell'utente, svolti tramite call center in data 11.10.2014, 12.10.2014, 17.10.2014 e 18.10.2014 (nonché i successivi che l'utente ha dedotto, senza tuttavia indicarne la data) sono rimasti privi di esito e riscontro;
- v.** L'utente non ha mai ricevuto da Fastweb alcuna informativa relativa ad eventuali impedimenti ostativi alla migrazione ed all'attivazione dei servizi;
- vi.** Il 15.05.2014 l'utente attivava una nuova utenza; la vecchia numerazione andava intanto perduta.

In base a tali premesse, l'utente ha chiesto:

- a.** L'indennizzo di Euro 7,50 pro die per la completa interruzione dei servizi voce e adsl, dal 8.10.2013 al 15.5.2014, per complessivi Euro 3.285,00;
- b.** L'indennizzo per la perdita della numerazione di cui era titolare dal 2007, per Euro 700,00;
- c.** L'indennizzo per la mancata risposta al reclamo del 11.10.2013, ai sensi dell'art. 11 Allegato A alla Delibera 73/11/CONS, per Euro 216,00.

2. La posizione dell'operatore Fastweb.

Con memoria difensiva tempestivamente depositata, Fastweb ha dedotto:

- i.** La conclusione del contratto con l'utente in data 13.9.2013, e la consegna del modem nei giorni immediatamente successivi;
- ii.** La migrazione veniva "bocciata" da Telecom il 27.9.2013 ed il 8.1.2014 con causale rifiuto "*Posizioni al permutatore non corrette*";
- iii.** Ai sensi dell'art. 6 C.G.C. la mancata attivazione dei servizi non era pertanto imputabile a Fastweb.

Fastweb concludeva per il rigetto dell'istanza.

3. La posizione di Vodafone a fini istruttori.

Vodafone ha depositato copia delle proprie schermate di provisioning relative alla richiesta di migrazione ed alle bocciature ricevute da Telecom il 30.9.2013, 7.10.2013 e 24.12.2013.

4. La posizione di Telecom Italia a fini istruttori.

Telecom ha dedotto che l'utenza in oggetto è nativa OLO Fastweb, e provato che l'ordine di migrazione Olo-Olo Vodafone-Fastweb del 28.9.2013 è stato bocciato il 8.10.2013 con causale "posizione al permutatore di confine errata".

5. Motivazione della decisione.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria, le richieste formulate dalla parte istante possono essere accolte come di seguito precisato.

5.1. Sulla mancata migrazione con portabilità dell'utenza fissa. Sulla interruzione dei servizi voce e adsl.

Come noto, in base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, secondo la 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, 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.

Gli operatori telefonici devono inoltre fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente e normativamente previsto, anche sotto il profilo temporale, con la conseguenza che qualora l'utente lamenti l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento l'operatore, per escludere la propria responsabilità, deve dimostrare che le circostanze oggetto di doglianza sono dovute da circostanze non imputabili all'operatore stesso ovvero da problematiche tecniche non causate da colpa del medesimo, fornendo altresì la prova di avere informato l'utente delle predette difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione.

Dall'istruttoria espletata è emerso che l'ordine di migrazione tempestivamente inserito a sistema da Fastweb, è stato bocciato da Telecom in data 8.10.2013 con causale "*posizione al permutatore di confine errata*".

Da ciò Fastweb ha fatto discendere l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la conseguente estinzione delle obbligazioni contrattuali assunte nei confronti dell'utente.

Fastweb avrebbe tuttavia dovuto informare l'utente delle predette difficoltà incontrate nell'adempimento delle obbligazioni, mentre tale informativa non è stata resa.

L'utente ha pertanto diritto all'indennizzo previsto dall'art. 3, commi 2 e 3 di cui all'allegato A alla Delibera 73/11/CONS dal 8.10.2013 al 15.5.2014 (data di attivazione di una nuova utenza), per complessivi Euro 328,50.

L'utente ha altresì dedotto e provato di avere ricevuto da Fastweb, in data 6.10.2013, un sms di conferma dell'attivazione dei servizi per il giorno seguente, e che a far data dal 7.10.2013 restava privo di entrambi i servizi voce e adsl, chiedendo la condanna di Fastweb al pagamento dell'indennizzo per la interruzione dei servizi in pendenza della procedura di migrazione.

La domanda non può essere accolta.

Dalle schermate prodotte da tutti e tre gli operatori coinvolti nella procedura di migrazione, si evince chiaramente che la linea non è mai migrata in Fastweb e che è rimasta nella disponibilità di Vodafone anche successivamente alla lamentata interruzione dei servizi del 7.10.2013: ne è riprova la bocciatura della richiesta di migrazione inserita a sistema Vodafone il 17.12.2013 e "scartata" tra il 24.12.2013 ed il 14.1.2014.

In difetto di prova, non è pertanto possibile affermare la responsabilità di Fastweb nella interruzione dei servizi.

5.2. Sulla mancata risposta ai reclami.

L'utente ha dedotto la mancata risposta ai reclami inoltrati tramite call center, il primo dei quali in data 11.10.2013.

Fastweb nulla ha dedotto al riguardo.

Rileva, in proposito, 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 e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, 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.

L'utente, in mancanza di risposta di Fastweb, ha pertanto diritto all'indennizzo previsto dall'art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS per la mancata risposta al reclamo del 11.10.2013.

Tenuto conto della data di ricezione del reclamo lo stesso (11.10.2013), del termine utile per la risposta (45 giorni) e della data della prima udienza per il tentativo

obbligatorio di conciliazione (7.1.2014 concordemente rinviata al 19.2.2014, rinviata al 8.4.2014), alla quale le parti hanno avuto modo di interloquire per la prima volta sull'oggetto del reclamo, si liquida in complessivi Euro 43,00.

6. Sulle spese del procedimento

Per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 50,00 (cinquanta/00) considerate le difese svolte, il comportamento processuale tenuto da entrambe le parti, nonché le proposte transattive formulate da Fastweb.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL CORECOM LAZIO

Vista la relazione del responsabile del procedimento

DELIBERA

1. Accoglie parzialmente l'istanza di S. QUINTILI nei confronti della società FASTWEB xxx

2. La società FASTWEB xxx è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) per le spese di procedura, i seguenti importi, maggiorati degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:

i. Euro 328,50= (trecento ventotto/50=), a titolo di indennizzo ex art. 3, commi 2 e 3 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;

ii. Euro 43,00= (quarantatre/00), a titolo di indennizzo ex art. 11 allegato A alla Delibera 73/11/CONS;

3. La società FASTWEB xxx è tenuta, altresì, a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente delibera è notificata alle parti e pubblicata sui siti *web* del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, lì 30 marzo 2015

Il Presidente

Michele Petrucci

Fto

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto