

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
STUDIO CELONA XXX / FASTWEB XXX
(LAZIO/D/48/2016)

Registro Corecom n. 62/2016

IL DIRIGENTE

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 da Studio Celona XXX del 21 gennaio 2016;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’Istante.

La società istante ha introdotto la presente controversia lamentando – nei confronti di Fastweb XXX - , in relazione ad una utenza mobile (06*****280), il mancato rilascio della linea e l’illegittima fatturazione.

Nell’istanza di definizione, l’istante ha lamentato quanto segue.

- i. In data 5.02.2013 e 14.02.2013 l’utente sottoscriveva due separati contratti con Fastweb rispettivamente per il servizio di fonia e per quello dati relativi all’utenza 06*****280;
- ii. Successivamente, in data 13.08.2014, lo Studio Celona, insoddisfatto del servizio reso dal Gestore soprattutto per il malfunzionamento della linea fax, sottoscriveva un contratto con Telecom;

- iii. Il successivo 28.08.2014 Telecom richiedeva all'utente la sottoscrizione della richiesta di migrazione;
- iv. Poiché Fastweb non consentiva il passaggio della linea, in data 12.01.2015 Telecom sottoponeva all'utente la sottoscrizione di un nuovo contratto in cui si rinnovava la richiesta di migrazione da Fastweb dell'utenza telefonica n. 06*****280;
- v. Dopo varie segnalazioni relative alla mancata migrazione inoltrate dall'utente, in data 15.02.2015, Telecom precisava che la richiesta "risultava presa in carico";
- vi. Avendo Fastweb continuato ad emettere durante tale periodo fatture, l'utente con fax del 23.03.2015 diffidava il predetto operatore a consentire la migrazione;
- vii. Tali fatture non venivano saldate dall'utente, poiché ritenute illegittime e relative a servizi non più richiesti né forniti dal gestore;
- viii. Il 25.06.2015 l'utente promuoveva avanti a questa Autorità istanza di conciliazione nei confronti di Fastweb, la quale, all'udienza del 29.07.2015, chiedeva di estendere il contraddittorio a Telecom;
- ix. Nel frattempo nel mese di agosto 2015 i tecnici Telecom, che avevano effettuato un accesso presso la sede dell'istante per la configurazione del router, non riuscivano ad effettuare l'intervento in quanto la numerazione non risultava migrata;

All'udienza di conciliazione del 3.11.2015 il tentativo di conciliazione aveva esito negativo.

Sulla base di tale ricostruzione l'istante ha ritenuto il gestore gravemente inadempiente e responsabile del mancato perfezionamento della procedura di migrazione, ed ha perciò richiesto:

- 1) La corresponsione dell'indennizzo previsto per il ritardo nella procedura di migrazione;
- 2) La corresponsione dell'indennizzo previsto per la mancata risposta al reclamo;
- 3) Lo storno delle somme non corrisposte a Fastweb in quanto non dovute e, pertanto, illegittime;
- 4) Il riconoscimento delle spese di procedura.

Nella memoria integrativa l'utente nel ribadire quanto già affermato nell'istanza introduttiva, ha specificato che:

- La proposta Fastweb alla quale aveva, all'epoca aderito, aveva un costo mensile per tutti i servizi richiesti pari ad euro 385,00;
- Contestualmente a tale contratto l'utente aveva attivato il servizio di assistenza "Premium" che prevedeva, in caso di problematiche sulla linea, l'intervento di un tecnico entro sei ore dalla chiamata;
- L'insussistenza della pretesa creditoria del gestore Fastweb era provata anche dal fatto che in data 4.12.2015 l'utente aveva chiesto a questa Autorità l'emissione di un provvedimento di urgenza nei confronti di Telecom al fine di risolvere un grave malfunzionamento della linea n. 06*****280 e che tale procedimento si era risolto con l'intervento di un tecnico del gestore che aveva effettivamente risolto il problema.

Alla stregua di tali argomentazioni l'utente ha chiesto che nella determinazione degli indennizzi e dei rimborsi si tenesse conto del comportamento scorretto da parte di Fastweb che aveva continuato a fatturare pure in pendenza della presente procedura.

2. La posizione dell'operatore.

Fastweb, nel rispetto dei termini procedurali, ha prodotto una memoria difensiva, con documentazione allegata nella quale ha dedotto:

In via preliminare l'inammissibilità delle richieste formulate nella parte in cui esse non coincidessero con quelle avanzate nell'istanza di conciliazione, ovvero non avessero formato oggetto del tentativo obbligatorio di conciliazione;

Nel merito, il Gestore ha chiesto il rigetto delle domande asserendo quanto segue:

- i. Il gestore ha rilevato in primo luogo come, nonostante fosse stata correttamente citata per la conciliazione Telecom, la stessa non era stata chiamata in causa nel procedimento di definizione;
- ii. Telecom ha richiesto una sola volta la portabilità del numero 06*****280, richiesta che è stata poi annullata nel mese di marzo 2015;
- iii. Da allora nessuna altra richiesta risulta pervenuta a Fastweb;
- iv. Nonostante ciò, secondo quanto dalla stessa dichiarato a verbale del 29.09.2015, sembra che Telecom sia riuscita, comunque, ad acquisire la linea e ad attivare i servizi, senza avvisare Fastweb che ha continuato a fatturare non avendo più ricevuto alcuna richiesta di migrazione né di portabilità relativa al predetto numero;
- v. Fastweb ha, inoltre, affermato che nella procedura di migrazione e/o portabilità, l'operatore Donating (Fastweb nel caso di specie) non può assolutamente essere ritenuto responsabile per l'inerzia dimostrata dall'operatore Recipient (Telecom nel caso di specie);
- vi. Il contratto risultava ancora attivo poiché relativo ad altre numerazioni, n. 06*****281, 06*****283 e 06*****284 mai richieste da alcun operatore;
- vii. Inoltre il lamentato disservizio del fax non è mai stato segnalato al gestore, né si registrano reclami scritti ad eccezione di quello risalente al marzo 2015, con il quale l'utente lamentava la mancata attivazione dei servizi;
- viii. In relazione alla posizione amministrativa dell'utente risultava un debito complessivo pari ad euro 13.948,09 per il mancato pagamento di n. 12 fatture.

In considerazione di tutte le argomentazioni svolte, il gestore ha chiesto il rigetto della domanda.

3. La replica dell'utente.

Nella memoria di replica l'utente ribadiva:

- che Fastweb era l'unico gestore legittimato passivamente ai fini della presente controversia;
- che le numerazioni 06*****281, 06*****283 e 06*****284 non erano attive né lo erano mai state;
- che i reclami per il malfunzionamento della linea fax erano stati esperiti telefonicamente e, pertanto, non avendone evidenza, l'utente chiedeva che fosse questa Autorità ad ordinarne a Fastweb la produzione in giudizio.

4. L'esito dell'udienza di definizione.

All'udienza di definizione del 04.10.2016, entrambe le parti si riportavano ai rispettivi scritti difensivi ed il Legale verbalizzante rimetteva gli atti al Collegio per la decisione.

5. Motivazione della decisione.

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

Non è accoglibile l'eccezione di inammissibilità formulata da Fastweb relativa alla proposizione di domande nuove da parte dell'utente. Il gestore, infatti, formula una generica e non puntuale

eccezione di stile senza specificare quali siano nel caso di specie le domande nuove rispetto a quelle proposte in sede di conciliazione. Tale contestazione, pertanto, così come formulata, non offre elementi in base ai quali possa essere presa in seria considerazione ed accolta.

Inammissibile è la richiesta avanzata in sede di replica dall'utente di rivolta a questa Autorità al fine di ordinare al Gestore di produrre la prova dei reclami ricevuti in relazione al malfunzionamento della linea fax.

Si ricorda, infatti, che in ossequio al generale principio di diritto secondo cui l'onere della prova incombe sul soggetto che agisce in giudizio (*onus probandi incumbit ei qui agit*), non può certo essere demandato a questa Autorità supplire ad una carenza probatoria dell'istante relativa ad elementi che erano, invece, nella sua disponibilità.

Pertanto al fine di dimostrare il malfunzionamento del servizio l'utente avrebbe dovuto quanto meno indicare la data o il numero di pratica assegnato ai reclami telefonici.

5.1 Sul mancato rilascio della linea.

Con la prima richiesta lo studio Celona ha richiesto che venisse dichiarata la responsabilità del Gestore Fastweb in ordine al mancato rilascio della linea a seguito di richiesta di migrazione da parte di Telecom.

La domanda è infondata e non può essere accolta per i motivi di seguito esposti.

Fastweb ha dedotto che, in realtà, Telecom aveva richiesto la portabilità esclusivamente per il n. 06****280 e solo una volta nel mese di marzo 2015, richiesta che era stata poi annullata. Da quel momento non aveva più inoltrato alcuna richiesta né di migrazione né di portabilità in relazione a quell'utenza.

Ai fini di una migliore comprensione delle fattispecie oggetto della presente contestazione, appare utile ed opportuno premettere una sintetica descrizione del quadro normativo e regolamentare in materia di attivazione/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. 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.

Dal quadro normativo e regolamentare in precedenza richiamato consegue che, in assenza di un comportamento pienamente diligente e collaborativo da parte di tali soggetti, questo possa compromettere il regolare compimento della procedura di migrazione secondo la volontà dell'Utente ed il relativo diritto pertanto 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.

Occorre sottolineare 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, cui sono rimesse tutte le verifiche e gli adempimenti tecnici necessari.

Le deduzioni dell'utente e le schermate del sistema di dialogo tra operatori prodotte da Fastweb descrivono la seguente dinamica:

- a) L'utente ha sottoscritto il contratto con Telecom in data 28.08.2014 per la sola utenza n. 06*****280;

- b) Successivamente, il 12.01.2015, l'utente ha sottoscritto altro contratto con Telecom avente ad oggetto sempre la sola utenza n. 06*****280;
- c) Dalla schermata allegata al n. 2 della memoria difensiva dal Gestore risulta che effettivamente la prima ed unica richiesta di portabilità del numero da parte di Telecom è avvenuta solo il 20.03.2015, annullata poi il successivo 27.03.2015

Non è stato chiarito il motivo per cui l'utente abbia sottoscritto con Telecom due contratti distinti aventi ad oggetto la stessa utenza, tuttavia, non v'è dubbio che quest'ultima ha inoltrato la richiesta a Fastweb con notevole ritardo rispetto alla sottoscrizione di entrambi i contratti con l'utente ed ha poi proceduto- per motivi anch'essi rimasti ignoti- all'annullamento della stessa, impedendo così il perfezionamento del procedimento.

Fastweb ha dato prova mediante il deposito delle schermate che, essendo stata esperita soltanto una richiesta di portabilità da parte di Telecom -tra l'altro poco dopo annullata dallo stesso gestore- non si sarebbe mai potuta concludere la procedura di migrazione da Fastweb a Telecom.

Del resto è lo stessa società istante a riferire che dopo varie segnalazioni relative alla mancata migrazione inoltrate dall'utente, in data 15.02.2015, Telecom precisava che la richiesta "*risultava presa in carico*". Dunque con tale comunicazione sostanzialmente Telecom confermava che la richiesta era in lavorazione, senza addurre alcun problema in ordine ad un eventuale mancato assolvimento da parte di Fastweb degli oneri previsti dalla normativa di riferimento.

Per il resto, non risultando dalle schermate allegata da Fastweb ulteriori richieste inoltrate da Telecom, non può rinvenirsi alcuna responsabilità di tipo ostruzionistico da parte del primo gestore in ordine alla mancata migrazione dell'utenza n. 06*****280.

Per tali motivi la richiesta di indennizzo non può essere accolta.

5.2 Sulla illegittima fatturazione

L'utente ha lamentato anche l'illegittima fatturazione da parte di Fastweb, dal momento che quest'ultimo avrebbe continuato ad emettere fatture in pendenza del procedimento di migrazione relative a servizi "non più richiesti né forniti dal gestore".

La richiesta di storno delle fatture contestate può essere accolta nella misura e per le ragioni di seguito indicate.

Va da subito osservato che dalla documentazione in atti non risulta provato l'inadempimento lamentato dall'utente per il malfunzionamento della linea fax che, pertanto, non giustifica una risoluzione per inadempimento del gestore con conseguente annullamento delle fatture. L'utente nel fax del 24.03.2015 -e cioè molti mesi dopo la sottoscrizione dei due contratti con Telecom- ha affermato che tale disservizio era già stato oggetto di precedenti segnalazioni delle quali, tuttavia, non si rinviene traccia.

Si richiamano, inoltre, tutte le argomentazioni di cui al punto precedente per ribadire che alcuna responsabilità può essere ascritta a Fastweb per la mancata migrazione verso Telecom e, per l'effetto, la fatturazione fino a quando il servizio è rimasto in capo al primo gestore deve ritenersi legittima.

Ciò detto, si rileva, tuttavia, che è stato proprio Fastweb nella propria memoria a confermare che –anche senza sapere in che modo- l’utenza è stata acquisita da Telecom.

Tale affermazione risulta confermata anche dall’esame delle fatture Fastweb allegare dall’utente dalle quali emerge che a decorrere da quella emessa il 14.07.2015 non vi sono più consumi ma solo canoni di abbonamento.

Tale conclusione naturalmente può valere soltanto per la fatturazione relativa all’utenza n. 06*****280 al quale si riferiscono i contratti stipulati con Telecom.

Per le altre numerazioni gestite da Fastweb, come dimostrato dal contratto originario versato in atti, non essendo intervenuta alcuna disdetta o richiesta di migrazione, la fatturazione appare legittima e non può essere stornata.

Sulla base di tali considerazioni l’utente avrà perciò diritto esclusivamente allo storno dei costi relativi all’utenza n. 06*****280 fatturati successivamente al mese di settembre 2015 in quanto del tutto ingiustificati.

5.3 mancata risposta al reclamo

L’utente ha richiesto, altresì, un indennizzo per la mancata risposta al reclamo inoltrato in data 24.03.2015.

La domanda dell’istante risulta fondata per le ragioni di seguito esposte.

In via generale, secondo quanto disposto dall’art. 8 dell’All. A alla Del. n. 179/03/CSP “Gli organismi di telecomunicazione indicano nelle carte dei servizi il termine per la definizione dei reclami, termine che non può essere superiore a quarantacinque giorni dal ricevimento del reclamo stesso. L’organismo di telecomunicazioni comunica all’utente l’esito del reclamo”. 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.

Nel caso di specie, al reclamo esperito in data 24.03.2015 non risulta alcun riscontro effettuato dal gestore che, seppur esente da responsabilità per la mancata conclusione del procedimento di portabilità, avrebbe comunque, dovuto notificare il cliente circa la reale situazione dell’utenza in oggetto.

Dunque rispetto a tale ultimo aspetto, considerato il termine di 45 gg. per fornire la risposta come da Carta dei Servizi Fastweb e fino all’udienza del 3.11.2015, ultima occasione utile per interloquire con il gestore, l’utente ha diritto ad un indennizzo pari ad euro 179,00 ex art. 11 All. A Del. 73/11/Cons .

6. Sulle spese di procedura

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l’espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall’art. 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 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.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie parzialmente l'istanza da Studio Celona XXX nei confronti della società Fastweb XXX.
2. La società Fastweb è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 50,00 (cinquanta/00) quale rimborso delle spese di procedura, il seguente importo, maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza:
- € 179,00= (cento settantanove/00=) a titolo di indennizzo per mancata risposta al reclamo ai sensi dell'art.11 allegato A alla Delibera n.73/11/CONS.
3. La società Fastweb è tenuta allo storno dei costi fatturati in relazione all'utenza n. 06*****280 a decorrere dal mese di settembre 2015.
4. La società Fastweb è, inoltre, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento alla presente determina entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.
5. 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.
6. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.
7. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

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

Roma, li 07/12/ 2016

Il Dirigente

Aurelio Lo Fazio

Fto