DETERMINA 45 Fascicolo n. GU14/269080/2020 DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - Fastweb SpA

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

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";

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante "Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni", come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante "Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche", di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante "Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche", di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS

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", di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi come modificato da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l'Accordo quadro vigente tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA la legge regionale Toscana 25 giugno 2002, n. 22 "Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del Comitato Regionale per le Comunicazioni", in particolare l'art. 30, e il "Regolamento Interno di organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni" (ex art. 8 legge regionale 1° febbraio 2000, n. 10);

VISTO il Decreto del Presidente della Giunta Regionale 20 giugno 2023, n. 105 recante: "*Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Ricostituzione*";

VISTO il vigente Accordo Quadro concernente l'esercizio delle funzioni delegate ai Comitati Regionali per le Comunicazioni tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, conforme al testo approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 427/22/CONS, con decorrenza 1° gennaio 2023;

VISTA la "Convenzione per il conferimento e l'esercizio della delega di funzioni al Comitati Regionali per le comunicazioni tra L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato Regionale per le Comunicazioni Toscana" sottoscritta in data 27 luglio 2023 e in particolare l'art. 5, comma 1, lett. e);

VISTO il Decreto del Segretario generale n. 617 del 9 agosto 2022 con il quale è stato conferito alla Dott.ssa Cinzia Guerrini l'incarico di responsabile del Settore "*Assistenza al Difensore Civico e ai Garanti. Assistenza generale al CORECOM. Biblioteca e documentazione*", con decorrenza 1° ottobre 2022;

VISTA l'istanza dell'utente XXX, del 20/04/2020 acquisita con protocollo n. 0171045 del 20/04/2020;

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

CONSIDERATO che, sulla base della documentazione istruttoria acquista agli atti del procedimento, è risultato che:

1. La posizione dell'istante.

Parte istante, titolare di un contratto residenziale con l'operatore Fastweb S.p.A. (di seguito, per brevità, Fastweb), lamenta la mancata attivazione dei servizi sull'utenza n. 0586 50xxxx, nonché il ritardo della precedente migrazione dall'operatore Fastweb all'operatore TIM S.p.A. (di seguito, per brevità, TIM).

In particolare, nell'istanza introduttiva del procedimento e nella documentazione in atti, l'istante ha dichiarato che:

- nel "*luglio 2019 (...) migrava da Fastweb a TIM con offerta commerciale di 30 euro/mese: l'offerta veniva attivata con forte ritardo e comunque applicando una tariffa superiore a quella pattuita*";
- "*in data 30.12.2019 chiedeva di rientrare in Fastweb, salvando il numero telefonico*".
- In data 1° marzo 2020, contestualmente all'istanza di conciliazione, presentava richiesta per l'adozione di un provvedimento temporaneo nei confronti degli operatori TIM e Fastweb ai fini di ottenere l'attivazione dei servizi con l'operatore prescelto (Fastweb). Nel formulario lamentava il "*[r]itardo nella portabilità del numero 058650xxxx"* e individuava nel 30 dicembre 2019 la data di adesione contrattuale con Fastweb.
- Nell'ambito della predetta procedura (GU5/251333/2020), la società TIM, con nota del 6 marzo 2020, comunicava che "*la linea risulta[va] rientrata in TIM (rientro delibera xxx) come FIBRA 200 M in data 17 dicembre 2019 e cessata il 5 febbraio 2020 su richiesta cliente*". L'operatore TIM informava, altresì, che, *"[d]ai sistemi di wholesale. non risulta[va]no richieste di migrazione ad OLO"*, con la seguente specificazione: "*Essendo la numerazione nativa TIM, sono in corso le verifiche sulla possibilità di riattivare lo stesso numero in TIM, propedeutica per consentire la migrazione ad OLO (richiesta migrazione a cura cliente)*".
- L'istante, con nota dell'8 marzo 2020, confermava la volontà di "*conservare il vecchio numero telefonico"*, insistendo nell'attivazione dello stesso *"con il contratto Fastweb stipulato il 09.02.2020*".
- L'operatore TIM, con nota del 12 marzo 2020, comunicava che, *"[d]alle ulteriori operatività messe in campo, la linea è riattivabile in TIM con un numero diverso dallo*

058650xxxx, specificando che *"[d]i ciò [era] stato informato il cliente che non si [era] dichiarato disponibile all'attivazione"*.

- La procedura si concludeva con l'emissione di un provvedimento di rigetto, in data 19 marzo 2020, nel quale veniva dato atto che parte istante si era dichiarata indisponibile all'attivazione su nuova numerazione dopo aver appreso l'esito delle verifiche di TIM circa l'impossibilità di riattivazione mantenendo l'utenza n. 0586 50xxxx.

In data 20 aprile 2020 la parte istante esperiva nei confronti degli operatori Fastweb e TIM, tentativo obbligatorio di conciliazione presso il CoReCom Toscana, tentativo che si concludeva con verbale attestante il mancato accordo nei confronti di Fastweb e di accordo nei confronti di TIM.

In base a tali premesse l'istante ha chiesto, con "*quantificazione dei rimborsi o indennizzi richiesti (in euro): 800,00*":

i) lo "*storno insoluto"*;

ii) l' "*indennizzo ritardo attivazione linea TIM"*;

iii) il "*rientro in Fastweb con il proprio numero telefonico"*.

2. La posizione dell'operatore.

L'operatore Fastweb, nell'ambito del contraddittorio, con deposito della memoria difensiva del 27 aprile 2020 "*in via preliminare [ha chiesto] l'integrazione del contraddittorio nei confronti di TIM, atteso che le doglianze avverse sono rivolte unicamente a quest'ultima e, comunque, hanno ad oggetto il ritardo della migrazione della propria linea in TIM*".

Nel merito l'operatore ha contestato, *"altresì, la fondatezza delle doglianze introdotte nel presente procedimento, per i motivi che seguono:*

1. anzitutto, va sottolineato che la ricostruzione operata da parte avversa nell'istanza depositata non corrisponde al reale accadimento dei fatti che hanno caratterizzato la relazione contrattuale;

2. in particolare, con l'introduzione del presente procedimento, controparte ha lamentato il ritardo della migrazione della propria linea in TIM e l'addebito di costi superiori a quella pattuita da quest'ultimo operatore;

3. in merito alle suddette doglianze va precisato, in primis, che non si comprende il motivo per cui l'istanza è stata presentata nei soli confronti di Fastweb visto che alcuna doglianza è rivolta a quest'ultima;

4. ciò detto va evidenziato che le date riportante in istanza, con riferimento alla migrazione donating, differiscono da quanto risulta sui sistemi;

5. infatti il passaggio in TIM non risulta completato a luglio bensì in data 17/12/2019 (doc. n. 2);

6. e ciò in quanto i primi due tentativi risalenti a luglio ed ottobre sono stati bocciati da Fastweb con causale "codice di migrazione errato" in quanto le richieste sono arrivate con cdm FW50586500525xxxx anziché FW50586500525xxxx (doc. n. 3);

7. dunque, alcuna comunicazione di espletamento della procedura de qua prima del 17/12/2019;

8. detta comunicazione, è invece indispensabile in tema di portabilità, per permettere al Donating di procedere alla chiusura del contratto;

9. in particolare, a seguito di una procedura di migrazione, l'operatore Recipient deve inviare una notifica al Donating (Fastweb) per comunicarne l'avvenuto espletamento, così da permettere a quest'ultima la chiusura del contratto;

10. diversamente, infatti, la cessazione del contratto senza il contestuale passaggio della numerazione all'altro operatore, comporterebbe la cessazione della linea, in spregio alla volontà manifestata dall'istante;

11. pertanto, in assenza di qualsivoglia altra richiesta di migrazione e/o portabilità dell'utenza in esame, e senza la comunicazione di espletamento né disdetta dell'istante, il rapporto è proseguito;

12. come riportato in istanza, controparte ha provato a rientrare in Fastweb sottoscrivendo quattro differenti proposte ma ha successivamente rifiutato l'attivazione ed ha deciso di attivarsi con Wind;

13. alcuna responsabilità in merito è dunque imputabile alla scrivente;

14. da ultimo si ricorda che l'art. 14.4 della Delibera n. 347/18/CONS dispone: "Sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento se l'utente non ha segnalato il disservizio all'operatore entro tre mesi dal momento in cui ne è venuto a conoscenza o avrebbe potuto venirne a conoscenza secondo l'ordinaria diligenza, fatto salvo il diritto al rimborso di eventuali somme indebitamente corrisposte."

Infine l'operatore, alla luce di quanto esposto, ha concluso confidando "*nel rigetto delle richieste avanzate dall'istante, con compensazione delle spese di procedura*".

3. La replica dell'istante.

Parte istante nell'ambito del contradditorio, con nota irricevibile perché inviata oltre i termini per la memoria di replica, ma comunque utile ai fini della ricostruzione della vicenda, ha, fra l'altro, evidenziato che è "*doveroso precisare, come già indicato in sede d'udienza, che l'oggetto di questo formulario non è la problematica in sede di migrazione da Fastweb a Tim del luglio 2019 (narrata a fini meramente descrittivi), bensì quella insorta in sede migrazione da Tim a Fastweb del 30 dicembre 2019, di cui è stato prodotto il contratto Fastweb che non è stato mai attivato dal gestore.*"

4. Motivazione della decisione.

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

In via preliminare occorre prendere in esame quanto dedotto dall'operatore Fastweb, il quale eccepisce l'assenza di doglianze a sé rivolte, atteso che le stesse risultano indirizzate unicamente alla società TIM.

Tale rilievo risulta condivisibile in relazione alla domanda *sub ii)* volta ad ottenere l'"*indennizzo [per il] ritardo attivazione [della] linea TIM"*, atteso che la richiesta si riferisce a problematiche che attengono alla procedura di migrazione da Fastweb a TIM dell'utenza n. 0586 50xxxx.

Dal fascicolo istruttorio, emerge, infatti, che l'unico disservizio lamentato dall'utente nei confronti di Fastweb riguarda la ritardata attivazione del servizio richiesto con il contratto datato 30 dicembre 2019. Si rileva che nessun'altra doglianza è stata descritta o segnalata in istanza nei confronti di Fastweb per il periodo di gestione dell'utenza *de qua* con la società TIM, con la quale l'istante ha raggiunto, del resto, un accordo transattivo nell'ambito dell'udienza di conciliazione.

Ad abundantiam giova anche richiamare che l'utente stesso ha specificato, con nota di replica, tardiva, ma utile a chiarire il punto sopra richiamato, "*che l'oggetto di questo formulario non è la*

problematica in sede di migrazione da Fastweb a Tim del luglio 2019 (narrata a fini meramente descrittivi)".

Viceversa, può essere parzialmente accolta, nei confronti di Fastweb, la domanda *sub iii)*, per quanto attiene la mancata attivazione del contratto sottoscritto dall'utente con Fastweb il 30 dicembre 2018

In primis giova richiamare che, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, l'operatore che non garantisce l'erogazione del servizio secondo quanto promesso, e che non prova di aver posto in essere comportamenti volti a evitare, rimuovere o superare l'ostacolo tecnico, è responsabile nei confronti dell'utente in quanto, ai sensi del combinato normativo degli articoli 1218 e 1256 del Codice civile, si presume, fino a prova contraria, che l'impossibilità sopravvenuta temporanea o definitiva della prestazione stessa sia imputabile al debitore. In proposito, la giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilità per ritardo (se temporanea), deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso (cfr. da ultimo Cassazione civile, sez. II, 30 aprile 2012 n. 6594435 – Cassazione civile, sez. III, 05 agosto 2002 n. 117174).

Inoltre, per quanto concerne la ritardata attivazione della linea telefonica, si richiama in generale, in base alla direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni, Delibera Agcom 179/03/CSP, il principio secondo cui gli operatori sono tenuti a fornire i servizi richiesti nel rispetto di quanto contrattualmente previsto, anche sotto il profilo temporale. Pertanto, ove l'utente lamenti il ritardo relativamente alla richiesta di attivazione della linea telefonica rispetto alle tempistiche stabilite nelle Condizioni di contratto o con lo specifico accordo delle parti, l'operatore, per escludere la propria responsabilità, è tenuto a dimostrare che i fatti oggetto di doglianza sono stati determinati da circostanze a lui non imputabili ovvero da problematiche tecniche non causate da sua colpa. l'operatore deve fornire la prova di aver adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione (e non è da ritenersi sufficiente un mero richiamo "formale" ai motivi tecnici, bensì l'utente deve essere messo in grado di comprendere quanto accaduto) anche nel caso in cui dimostri che i fatti oggetto di doglianza siano stati determinati da circostanze ad esso non imputabili.

Nello specifico, vengono in rilievo le Condizioni generali di abbonamento di Fastweb, le quali prevedono *"[a]ll'art. 6.1 [che] Servizi saranno attivati da FASTWEB entro 30 (trenta) giorni dall'esito positivo delle verifiche tecniche, che avverranno entro 30 (trenta) giorni dalla ricezione da parte di FASTWEB della Proposta, salvo i casi in cui subentrino impedimenti oggettivi, non imputabili a FASTWEB".*

Dunque, nel caso che ci occupa, in conformità all'ordinaria tempistica contrattuale sopra richiamata non risulta che l'operatore Fastweb abbia comunicato all'istante l'esito delle verifiche effettuate

Sul punto si evidenzia che il predetto operatore, in memoria, ha dedotto che, *"come riportato in istanza, controparte ha provato a rientrare in Fastweb sottoscrivendo quattro differenti proposte ma ha successivamente rifiutato l'attivazione ed ha deciso di attivarsi con Wind".* Con ciò la società Fastweb ha voluto sottolineare come la mancata conclusione della procedura sia dipesa la rinuncia all'attivazione medesima da parte dell'utente. Sul punto è opportuno precisare che l'utente ha ribadito nell'ambito della procedura GU5 la sua intenzione di procedere all'attivazione dei servizi, come richiesto nel contratto sottoscritto con l'operatore Fastweb.

Da parte sua, la società convenuta, non ha provato di aver predisposto le procedure per l'attivazione dei servizi nella tempistica contrattuale prevista né di aver comunicato all'istante l'impossibilità di procedere all'attivazione, proponendo eventuali soluzioni alternative.

Ne consegue che, in assenza di prova contraria, l'operatore convenuto Fastweb è responsabile ai sensi dell'art. 1218 del codice civile in ordine alla ritardata/mancata attivazione dell'utenza in questione sotto il profilo del mancato assolvimento degli oneri informativi su di sé incombenti. Pertanto deve essere riconosciuto alla società istante un indennizzo proporzionato al disagio subito.

Per tali ragioni, nel caso in esame, si ravvisano gli estremi per l'applicazione dell'articolo 4, comma 2, del *Regolamento sugli Indennizzi* che prevede un indennizzo pari ad euro 7,50 *pro die "nei casi di ritardo per i quali l'operatore, con riferimento alla attivazione del servizio, non abbia rispettato i propri oneri informativi circa i motivi del ritardo, i tempi necessari per l'attivazione del servizio o gli eventuali impedimenti, ovvero nel caso di affermazioni non veritiere circa l'esistenza di impedimenti tecnici o amministrativi*".

Ai fini dell'erogazione del predetto indennizzo s'individua il *dies a quo* nel giorno 28 gennaio 2020, trascorsi i 30 giorni previsti per le verifiche tecniche a partire dalla richiesta di attivazione contrattuale del 30 dicembre 2019, e il *dies ad quem* nel giorno 19 marzo 2020, data dell'emissione del provvedimento di rigetto da parte del Corecom, non avendo provato una precedente rinuncia all'attivazione da parte di Fastweb.

L'istante ha diritto alla somma di euro 382,50 (trecento ottantadue/50), computati secondo il parametro di euro 7,50 *pro die* x 51 giorni per la mancata comunicazione degli impedimenti incontrati nel dare avvio all'attivazione del servizio sull'utenza telefonica n. 0586 50xxxx.

Con riferimento all'indennizzo di cui sopra, si ritiene opportuno richiamare il principio di equità, precisando che l'inadempimento dell'operatore convenuto è riconducibile alla mancata comunicazione degli impedimenti incontrati nell'attivazione del contratto. Ed è da ritenersi, pertanto, sproporzionato riconoscere l'indennizzo per il mancato rispetto degli oneri informativi in riferimento a ciascuno dei due servizi non accessori (voce e accesso ad internet).

Diversamente non può essere accolta la domanda *sub i)* volta ad ottenere lo "*storno insoluto"* in quanto la contestazione risulta generica, atteso che non sono né indicate le fatture per le quali si chiede lo stono, né, tanto meno, delle stesse risultano individuate le singole voci di costo, né gli importi ingiustificati.

Tale insufficienza probatoria impedisce di effettuare l'esatto riscontro fra quanto stabilito nell'ambito del rapporto contrattuale e quanto effettivamente applicato dall'operatore durante il periodo di fatturazione oggetto di contestazione.

Sul punto, occorre ricordare, come ampiamente precisato nelle numerose delibere dell'Autorità, che l'utente avrebbe dovuto depositare le fatture contestate, precisando le singole voci per le quali richiedeva il rimborso e lo storno, spettando all'operatore, per il principio dell'inversione dell'onere della prova, dimostrare la regolarità della fatturazione e del traffico addebitato. Al contrario, in mancanza di documentazione a sostegno delle richieste formulate dall'utente, l'istanza risulta generica ed indeterminata (*ex multis*, Delibera Agcom 68/16/CIR; Delibere Corecom Toscana n. 17/2017, n. 14/2016, n.156/2016 e n.157/2016 e Determinazione Corecom Toscana n. 26/2015).

Pertanto, a fronte della complessiva carenza probatoria a supporto della doglianza espressa dalla società istante, la domanda *sub i*) non può trovare accoglimento in questa sede.

DETERMINA

- La società Fastweb S.p.A. in parziale accoglimento dell'istanza del 20/04/2020 è tenuta a corrispondere in favore dell'istante, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, l'importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, secondo le modalità indicate in istanza, pari a euro 382,50 (trecento ottantadue/50) a titolo d'indennizzo per la mancata comunicazione degli impedimenti incontrati nel dare avvio all'attivazione del servizio sull'utenza telefonica n. 0586 50xxxx.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il dirigente

Cinzia Guerrini

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi del "Codice dell'Amministrazione Digitale" (D.Lgs. n. 82/2005 e s.m.i.)