

DELIBERA N. 5/16

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA
XXX E XXX / FASTWEB S.P.A. – WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A.
(RIF. PROC. GU14 NN° 219 e 220/15)

IL CORECOM DELLA REGIONE ABRUZZO

nella riunione del 5 febbraio 2016 si è riunito, così costituito:

		Pres.	Ass.
Presidente	Filippo Lucci	X	
Componenti	Michela Ridolfi	X	
	Ottaviano Gentile		X

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 sottoscritto tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Presidente della Giunta regionale ed il Comitato regionale per le comunicazioni dell’Abruzzo in data 01 aprile 2011;

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

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP “*Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*”;

VISTA la deliberazione AGCOM n. 664/06/CONS del 23 novembre 2006 “Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell’utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza”;

VISTA l’istanza delle società XXX. e XXX, presentata in data 09/09/2015 ed acquisita in pari data al prot. n° 19273 nei confronti degli operatori Fastweb e Wind, inerente l’asserita mancata attivazione del servizio, la perdita della numerazione e l’arbitraria disattivazione del servizio;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione degli istanti

Il Sig. XXX Cataldi, titolare di XXX e la Sig.ra XXX Capodicasa, titolare della società XXX, rispettivamente clienti Fastweb e Wind, si sono visti attribuire lo stesso numero telefonico 085/219XXXX, che originariamente era della ditta XXXX e poi inspiegabilmente veniva attribuito alla società XXXX; pertanto se l’utenza veniva contattata da numerazioni Fastweb a squillare era la linea della ditta XXX, altrimenti se veniva contattata da altre numerazioni a squillare era la linea della società XXX. In particolare, nell’istanza introduttiva del procedimento e nelle memorie difensive, gli istanti hanno dichiarato quanto segue:

- 1) La ditta XXX, non più interessata alla predetta linea telefonica, si dichiarava disponibile a cedere l’utenza alla società XXX, mentre quest’ultima chiedeva la piena funzionalità della linea telefonica;
- 2) Pertanto, veniva presentato al Corecom anche istanza di provvedimento temporaneo di urgenza, con il quale veniva richiesto quanto sopra. In data 07/04/2015 il Corecom emanava il provvedimento temporaneo di urgenza con il quale ordinava all’operatore Wind di provvedere al ripristino della completa funzionalità del servizio per l’utenza 085/219XXXX intestata alla società XXX;
- 3) Tuttavia, in data 04/05/2015 l’utenza veniva di nuovo attribuita alla ditta XXX e distaccata alla società XXX, contravvenendo completamente a quanto disposto nel predetto provvedimento;

In base a tali premesse, gli istanti chiedono all’adito Corecom:

Per la ditta XXX

- i. La cessazione del contratto in esenzione spese e lo storno totale dell’insoluto;
- ii. La refusione dell’indennizzo di euro 4.000,00 per la perdita della numerazione, come previsto dagli artt. 9 e 12 dal regolamento indennizzi;
- iii. La refusione dell’indennizzo per l’arbitraria disattivazione dei servizi da calcolarsi in euro 15,00 pro die da calcolarsi da giorno dell’attribuzione dell’utenza ad altro utente (orientativamente dal 11/11/2014 al 04/05/2015);
- ii. Il rimborso delle spese di procedura da quantificarsi in euro 200,00.

Per la società XXX:

- iv. Il ripristino della numerazione telefonica;

- v. La refusione dell'indennizzo per il malfunzionamento del servizio da calcolarsi in euro 10,00 pro die dal 11/11/2014 04/05/2015;
- vi. La refusione dell'indennizzo per l'arbitraria disattivazione dei servizi da calcolarsi in euro 15,00 pro die da calcolarsi da giorno dal 04/05/2015 sino al ripristino completo del servizio;
- vii. Il rimborso delle spese di procedura da quantificarsi in euro 200,00.

2. La posizione di Wind

In merito ai fatti oggetto di vertenza la società Wind Telecomunicazioni S.p.A. precisa di aver attivato in data 21/08/2014 il contratto per utenza fissa su nuova numerazione 085/219XXX intestato alla società XXX. In data 26/03/2015 veniva depositata dalla società XXX istanza di provvedimento finalizzato ad ottenere il ripristino del servizio sulla linea 085/2194506, che non riconosceva chiamate da parte di numerazioni Fastweb. Prontamente, effettuate le dovute verifiche, depositava le proprie memorie relative al procedimento di urgenza nelle quali rappresentava che la numerazione de qua era stata attribuita ad altro utente, vale a dire alla ditta XXX, che aveva però richiesto ed ottenuto la migrazione della sua utenza verso l'operatore Fastweb. In ossequio agli obblighi incombenti per la procedura di urgenza in itinere, contattava il legale di ambedue gli utenti, informandolo di quanto accaduto e che per la risoluzione era necessaria la collaborazione del titolare della ditta XXX che, tuttavia, non si era reso disponibile ad essere ricontattato per effettuare le necessarie verifiche.

Nella documentazione depositata in occasione del procedimento di urgenza, il legale degli istanti rappresentava che il titolare della ditta XXX era favorevole a far riassegnare la numerazione alla società XXX, tuttavia al fine di riattribuire la suddetta utenza era necessario che lo stesso fornisse i codici di migrazione di Fastweb per consentirne il rientro in Wind e la successiva attribuzione alla società XXX.

In data 17 aprile 2015 veniva contattato il Sig. Cataldo per proporgli il cambio del numero, il quale comunicava di voler accettare l'attivazione di una nuova linea solo se le condizioni economiche offerte fossero state particolarmente convenienti. In data 27/04/2015 l'ufficio commerciale proponeva al Sig. Cataldo l'attivazione di una nuova linea a 19,95 euro per 1 anno con contributo di attivazione gratuito ed il rientro della numerazione 085/219XXX, ma lo stesso affermava di volerci pensare. Per tutto il mese di maggio il Sig. Cataldo veniva ricontattato ripetutamente sui recapiti mobili forniti risultando irreperibile.

In data 22/09/2015 il legale dei due utenti depositava ulteriore istanza di provvedimento temporaneo di urgenza. Nelle memorie difensive prodotte veniva precisata l'impossibilità tecnica di recuperare l'utenza poiché in possesso di altro utente nonché attiva con altro operatore.

Wind ha più volte tentato infruttuosamente di contattare il Sig. Cataldo che, consapevole dell'attribuzione dell'utenza ad altro utente, inspiegabilmente nel lasso temporale intercorrente da marzo 2015 a settembre 2015, né contattava il servizio clienti per formalizzare l'attivazione della nuova linea, né rispondeva ai numerosi tentativi di contatto per poter avere i codici di migrazione al fine di procedere alla riattivazione richiesta dalla XXX.

In tal senso richiama la sentenza n° 24406 della Corte di Cassazione a Sezioni riunite che in tema di risarcimento del danno dispone:".....*al fine di integrare la*

fattispecie di cui all'art. 1227, comma 1, C.C.- applicabile per l'espresso richiamo di cui all'art. 2056, anche nella responsabilità extracontrattuale - il comportamento omissivo del danneggiato rilevante non è solo quello tenuto in violazione di una norma di legge, ma anche più genericamente in violazione delle regole di diligenza e correttezza. Ciò comporta che, ai fini di un concorso del fatto colposo del danneggiato ex art. 1227, sussiste comportamento omissivo colposo del danneggiato ogni qual volta tale inerzia contraria a diligenza, a prescindere dalla violazione di un obbligo giuridico di attivarsi, abbia concorso a produrre l'evento lesivo in suo danno".

Così pure l'Agcom nella delibera 276/13/CONS in cui ha espressamente precisato che, per la liquidazione degli indennizzi bisogna fare riferimento tra le altre cose al concorso del fatto colposo del creditore: *"se l'utente, creditore dell'indennizzo da inadempimento ha concorso nella causazione del danno o non ha usato l'ordinaria diligenza per evitarlo, l'indennizzo può essere diminuito proporzionalmente alla sua colpa e alle conseguenze o non dovuto affatto".*

Nelle richieste di controparte si calcola l'indennizzo per malfunzionamento pari ad euro 10,00 pro die richiesto per la società XXX per il periodo dal 11/11/2014 al 04/05/2015: in verità il calcolo corretto – qualora fosse ipotizzabile, ab origine, il disservizio parziale consistente esclusivamente nella mancata ricezione delle chiamate da utenti Fastweb – si dovrebbe calcolare in euro 2,50 al giorno. Tuttavia bisogna tener presente che l'istante è stata tempestivamente informata della difficoltà tecnica occorsa sulla linea nel maggio 2015, pertanto, non ha diritto all'indennizzo richiesto per la mancata attivazione della linea avendo la stessa sottoscritto un contratto che esplicita nelle condizioni generali di contratto (art. 12.4.1) l'impossibilità di adempiere l'obbligazione se sussistono difficoltà tecniche, che nel caso specifico dipendevano dalla volontà di altro soggetto che avrebbe dovuto procedere con la rinuncia alla numerazione nelle more migrata su altro operatore.

Quanto alle richieste della ditta XXX, precisa che nessuna responsabilità può esserle addebitabile per la perdita della numerazione, atteso che nella documentazione prodotta unitamente all'istanza di definizione viene fatto presente che: *".....che il Sig. Cataldo non era più interessato alla linea e pertanto era disposto a lasciare il numero alla Sig.ra Capodicasa".*

3. La posizione di Fastweb

Non deposita scritti difensivi entro i termini assegnati. All'udienza avvenuta in data 26/11/2015 deposita note esplicative chiedendo che le stesse fossero riportate nel verbale. Afferma la propria completa estraneità ai fatti e richieste dedotte dagli istanti, precisando che la ditta XXX è cliente Fastweb sin dal 2013, di non aver ricevuto nessun reclamo scritto, né richiesta di portabilità o di migrazione del numero oggetto del disservizio lamentato, tant'è che sui propri sistemi appare un quadro di assoluta normalità nell'erogazione del servizio. Nulla ovviamente può dirsi sulla società XXX del tutto sconosciuta alla Fastweb. Per le ragioni suesposte respinge ogni addebito e chiede che l'istanza presentata nei suoi confronti sia integralmente rigettata.

4. Motivazione della decisione

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

Nella fattispecie si controverte sull'assegnazione della medesima numerazione dapprima alla ditta XXX e poi successivamente attribuita alla società XXX.

A seguito di ciò, dalla disamina della documentazione in atti si evince che entrambi gli utenti hanno registrato un malfunzionamento sulla linea collegata alla numerazione de qua, tale da impedire di ricevere chiamate a seconda del tipo di utenza: se l'utenza veniva contattata da numerazioni Fastweb a squillare era la linea della ditta XXX, altrimenti se veniva contattata da altre numerazioni a squillare era la linea della società XXX.

Ciò esclude innanzitutto che la ditta XXX e la società XXX abbiano subito la completa disattivazione della linea atteso che la stessa ha continuato a funzionare seppur in modo irregolare; vanno pertanto rigettate le richieste di entrambe le parti istanti relative all'indennizzo per la disattivazione dell'utenza.

Né si ritiene accoglibile la richiesta di indennizzo per la perdita della numerazione presentata in particolare dalla ditta XXX in quanto è lo stesso titolare a dichiarare di non aver più interesse alla numerazione di cui si controverte, essendo disponibile a cederla alla società XXX, previa offerta economica da parte dell'operatore Wind di un contratto economicamente vantaggioso.

Si ritiene inoltre che la mancata assegnazione dell'utenza alla società XXX non si è potuta realizzare anche per la mancata collaborazione della ditta XXX, che, nonostante la dichiarazione di disponibilità a cedere la risorsa numerica, non ha dimostrato di aver richiesto la migrazione da Fastweb verso il gestore Wind affinché lo stesso potesse avere la piena disponibilità della numerazione per poterla assegnare definitivamente alla società richiedente.

Ciò si evince chiaramente nei due procedimenti di urgenza avviati, laddove entrambi gli operatori dichiarano l'impossibilità di realizzare quanto richiesto dalla società XXX in mancanza di una univoca volontà espressa da parte della ditta XXX a voler realizzare la predetta migrazione e rinunciare nel contempo alla stessa.

Quanto alla richiesta di indennizzo per malfunzionamento dell'utenza presentata dalla società XXX nei confronti dell'operatore Wind si ritiene che la stessa possa essere accolta, nei termini che seguono.

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, 5 19 aprile 2007 n. 9351, 11 novembre 2008 n. 26953, 3 luglio 2009 n. 15677 e da ultimo Cass. II 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 (art.3, comma 4), nonché indicare nelle proprie carte servizi e/o condizioni generali di contratto, i casi di indennizzo per il mancato rispetto degli standard di qualità dei servizi stessi ed i relativi importi (art.11, comma 2). Ne consegue che nel caso l'utente lamenti malfunzionamenti, questi avrà diritto all'indennizzo per tutto il periodo di non corretto funzionamento.

Spettava dunque all'operatore, a fronte del dedotto inadempimento, provare di avere adempiuto, o di avere svolto tutte le attività necessarie a risolvere il disservizio, o di avere tempestivamente informato l'utente dell'esistenza di impedimenti tecnici, 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.

Nella fattispecie, si ritiene che l'operatore Wind, in particolare a seguito della segnalazione di malfunzionamento, non abbia correttamente adempiuto ai propri oneri informativi nei confronti dell'istante, atteso che solo in sede del secondo procedimento d'urgenza ha reso, effettivamente, edotto lo stesso della presenza di impedimenti non dipendenti dalla propria volontà.

Pertanto, per il periodo intercorrente dal 25/03/2015 (data corrispondente al deposito della prima istanza di provvedimento temporaneo di urgenza, non rinvenendo precedenti segnalazioni in tal senso nei confronti del gestore) al 10/09/2015 (data precedente alla presentazione della seconda istanza di provvedimento temporaneo di urgenza) l'istante ha diritto ad un indennizzo secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 5, commi 2 e 3 e 12 del Regolamento Indennizzi di cui alla delibera Agcom 73/11, pari ad euro 5,00 pro die, per un totale pari ad euro 845,00 (euro 5,00 * 169 gg.), poiché il disservizio lamentato va inquadrato in un discontinuo malfunzionamento, in considerazione del fatto che l'istante ha dichiarato di non ricevere telefonate solo da parte di utenti Fastweb, la società XXX.

Per il periodo intercorrente dal 11/09/2015 (data corrispondente al deposito della seconda istanza di provvedimento temporaneo di urgenza nella quale lamenta la completa interruzione del servizio, non rinvenendo precedenti segnalazioni in tal senso nei confronti del gestore) al 21/09/2015 (data corrispondente all'emissione del secondo provvedimento temporaneo di urgenza, nel quale l'operatore Wind ha finalmente assolto l'onere informativo comunicando l'impossibilità di ripristinare il servizio) l'istante ha invece diritto all'indennizzo per il completo malfunzionamento, secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 5, commi 1 e 3 e 12 del Regolamento Indennizzi di cui alla delibera Agcom 73/11, pari ad euro 10,00 pro die, per un totale pari ad euro 100,00 (euro 10,00* 10 gg.)

Infine, per quanto concerne le spese di procedura, appare equo liquidare in favore della parte istante società XXX, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del Regolamento adottato con delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, l'importo di euro 100,00 (cento/00) considerati gli atti difensivi prodotti e la partecipazione sia all'udienza di conciliazione che in quella di definizione.

Quanto alle spese di procedura richieste a carico della Fastweb da parte della ditta XXX, si ritiene che nulla può essere disposto a carico dell'operatore in tal senso, atteso che non è stato accertato alcun addebito nei confronti dello stesso.

UDITA la relazione del Responsabile del Procedimento, svolta su proposta del Presidente;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il Corecom Abruzzo rigetta l'istanza presentata dalla ditta XXX nei confronti dell'operatore Fastweb. Accoglie parzialmente l'istanza presentata dalla XXX nei confronti di Wind Telecomunicazioni s.p.a. nei termini sopra evidenziati;

La società Wind Telecomunicazioni s.p.a. è tenuta a pagare in favore dell'istante, oltre alla somma di euro 100,00 (cento/00) per le spese di procedura, il seguente importo maggiorato degli interessi legali a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione:

- **euro 845,00 (ottocentoquarantacinque/00)** per il discontinuo funzionamento del servizio, per le ragioni sopra evidenziate;
- **euro 100,00 (cento/00)** per completo mal funzionamento del servizio, per le ragioni sopra evidenziate;

2. 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.

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

4. 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 Abruzzo e dell'Autorità (www.agcom.it).

L'Aquila 5 febbraio 2016

IL RELATORE

F.to Dott.ssa Annalisa Ianni

IL PRESIDENTE

F.to Dott. Filippo Lucci

IL DIRIGENTE

F.to Dott.ssa Michela Leacche

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt.22 e 40 del D.Lgs. n.82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s. m. e i.