

ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA
Comitato Regionale per le Comunicazioni

DELIBERA n.	26/2011
TITOLO	1.10.21/196
LEGISLATURA	IX

Il giorno 4 luglio 2011 si è riunito nella sede di Viale Aldo Moro n. 44 il CORECOM dell'Emilia-Romagna con la partecipazione dei componenti:

GIANLUCA GARDINI
GIUSEPPE BETTINI
ARIANNA ALBERICI

Presidente
Vicepresidente
Componente

Svolge le funzioni di segretario la dott.ssa GLORIA GUICCIARDI.

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXX E FASTWEB /TELECOM ITALIA

Il Comitato Regionale per le Comunicazioni

VISTA la l. 249/1997, "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art. 1, c. 6, lettera a), n. 14 e c. 13;

VISTA la l. 481/1995, "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità";

VISTO l'art. 84 d. lgs 259/ 2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche";

VISTE la l.r. Emilia-Romagna 1/2001, in particolare l'art. 14, e la deliberazione del Comitato regionale per le Comunicazioni Emilia-Romagna 9/III/08;

VISTA la del. AGCOM 173/07/CONS " Regolamento in materia di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti" e successive modifiche ed integrazioni;

VISTO lo "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 Emilia-Romagna in data 10 luglio 2009, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e;

VISTA l'istanza depositata in data 3 giugno 2010 (titolo n. 1.10.21/196), con la quale la XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede nel Comune di XXX, elettivamente domiciliata presso l'associazione Arco, con sede nel Comune di XXX, ha chiesto al Comitato regionale per le Comunicazioni dell'Emilia-Romagna di definire, ex artt. 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, la controversia in essere con le società Fastweb, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata nel comune di XXX, e Telecom Italia, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata nel comune di XXX;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 10917/2011);

VISTA la comunicazione di fissazione dell'udienza di discussione (prot. 10917/2011);

UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 29 aprile 2011, come da verbale (prot. 14223/2010);

VISTE la memoria di Fastweb del 7 marzo 2011 (prot. 7538/2011), la memoria di Telecom Italia del 18 marzo 2011 (prot. 8904/2011), la replica dell'istante del 23 marzo 2011 (prot. 9608/2011);

VISTI gli atti del procedimento;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del Servizio Gestione e sviluppo, dott.ssa Gloria Guicciardi (prot. 21582/2011; facente funzioni di dirigente del Servizio CORECOM giusta delega del Direttore generale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna, prot. 21752/2011);

UDITA l'illustrazione del componente, avv. Giuseppe Bettini, svolta nella seduta del 4 luglio 2011;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia la XXX (di seguito XXX) lamenta il ritardo nella portabilità di un'utenza telefonica (000), da Telecom Italia (di seguito, Telecom) a Fastweb (di seguito, Fastweb), il mancato funzionamento della suddetta utenza nel periodo compreso tra il 26 novembre 2007 e il mese di ottobre 2010, nonché la mancata risposta ai reclami inviati a entrambi gli operatori; al riguardo l'istante deduce: di aver richiesto il recesso da Fastweb e la riattivazione della medesima utenza da parte di Telecom (così detto "rientro") in data 12 novembre 2007 (come da memoria di replica) ovvero 22 novembre 2007 (come da istanza di definizione), sottoscrivendo il relativo formulario messo a disposizione da Telecom; che il servizio telefonico e adsl in essere con Fastweb in forza di un contratto veniva disattivato quasi in contemporanea alla suddetta richiesta e veniva riattivato, da Telecom, solo nell'ottobre 2010; di aver inviato più solleciti scritti a Telecom (fax del 26 febbraio 2008; 28 febbraio 2008; 29 febbraio 2008; 3 marzo 2008; 18 marzo 2008; 20 marzo 2008; 22 marzo 2008; 23 marzo 2008; 25 marzo 2008; 27 marzo 2008; 28 marzo 2008; 29 marzo 2008, tutti comprovati da ricevuta di invio); di aver inviato nuovamente inviato a Fastweb, tramite raccomandata a/r inviata in data 12 marzo 2009, copia del formulario Telecom di recesso e di riattivazione dell'utenza telefonica. Per tali ragioni l'istante domanda la corresponsione di indennizzi plurimi giornalieri, identificati nella sospensione della linea, nel ritardo dell'attivazione, nella mancata risposta ai reclami.

Fastweb, respingendo quanto dedotto e richiesto dalle controparti, afferma quanto segue: che dal 23 gennaio 2003 Fastweb somministrava il servizio telefonico e internet, a seguito di "Number Portability"; che in data 26 novembre 2007 riceveva dall'istante la volontà di recesso dell'utente; che la procedura di recesso iniziava nella stessa data per concludersi il 24 febbraio 2008, entro il termine di novanta giorni previsto per la "risoluzione" del contratto dall'art. 19, c. 2; che l'istante non ha richiesto il "rientro" a Telecom o ad altro operatore; che l'istante probabilmente non ha subito alcun disagio effettivo, potendo usufruire del servizio di un altro operatore (Telecom); che tuttavia, a mero titolo conciliativo, viene offerto un indennizzo pari a euro 400,00 in sede di memoria ed euro 2.700,00, in sede di udienza.

Telecom, respingendo quanto dedotto e richiesto dalle controparti, afferma quanto segue: che dal 23 gennaio 2003 l'utenza è passata da Telecom a Fastweb in ULL (Unbundling Local Loop); che la comunicazione del 12 novembre 2007 è stata inviata tanto a Fastweb che, per conoscenza, a Telecom; che Fastweb non ha effettuato le operazioni necessarie per il "rientro" in Telecom dell'utenza; che la comunicazione del 12 marzo 2007 è stata ricevuta da Telecom e presumibilmente anche da Fastweb; che l'utente ha avuto un comportamento "non lineare", avendo contemporaneamente chiesto (a Fastweb) la cessazione della linea e (a Telecom) il passaggio ad altro operatore; che solo il 16 ottobre 2009 l'utenza è passata nella disponibilità di Telecom; che dal 27 ottobre 2009 l'utenza è regolarmente funzionante con servizio erogato da Telecom; di aver risposto tempestivamente ed adeguatamente ai reclami dell'utente, peraltro tutti identici, con comunicazioni del 2 e 15 aprile 2008; di aver fornito ulteriori informazioni orali attraverso il servizio clienti, precisando all'utente la necessità di rivolgersi a Fastweb; di contestare *in toto* le richieste dell'utente.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La controversia in oggetto concerne il recesso di un contratto di somministrazione del servizio telefonico e internet in essere con Fastweb e la successiva attivazione del servizio telefonico da parte di Telecom, sull'utenza telefonica 000, con mancata erogazione del servizio *medio tempore* e mancata risposta a più reclami. La fattispecie può essere quindi divisa in due oggetti: a) il recesso, l'attivazione e la sospensione del servizio; b) la risposta ai reclami.

a) Relativamente al primo oggetto, dall'istruttoria condotta è emerso che in data 26 novembre 2007 l'utente ha manifestato a Fastweb la volontà di recedere dal predetto contratto. Tale circostanza è riconosciuta dallo stesso operatore, che, al contrario, nega

di aver mai ricevuto il modulo di recesso e “rientro” in Telecom del 12 novembre 2007. Peraltro lo stesso utente in sede di memoria di replica fa esclusivo riferimento proprio alla comunicazione del 26 novembre. Non avendo l'istante prodotto copia dell'attestazione di invio o di ricezione di tale documento, l'invio in data 12 novembre 2007 è fatto da ritenersi non provato. Ricevuta la manifestazione di volontà di recesso, Fastweb ha proceduto a sciogliere il rapporto contrattuale in data 24 febbraio 2008, trattenendo l'utenza, senza pertanto cederla a Telecom, quale operatore notificato, se non in data 16 ottobre 2009. Tale data è indicata da Telecom e non confutata da Fastweb né dall'istante. Così ricostruita, la condotta di Fastweb si presta a più di una censura. Anzitutto, la clausola contenente il termine per l'esecuzione del recesso previsto dalle condizioni generali di contratto, pari a novanta giorni (art. 19, c. 2), è da ritenersi nulla, o quanto meno non applicabile in questa sede, atteso che l'art. 1, c. 3, d.l. 7/2007, come convertito dalla l. 40/2007, stabilisce un preavviso di recesso pari nel massimo a trenta giorni, imponendo di modificare le relative condizioni contrattuali a pena di nullità delle clausole difformi. Secondo l'interpretazione della disposizione fornita dall'AGCOM, e condivisa da questo Ufficio, le norme anzidette si applicano infatti anche a utenze così dette “business”, purché intestate a piccole e medie imprese, la cui forza contrattuale è sostanzialmente svantaggiata rispetto all'operatore, condensandosi nell'accettazione o meno di un contratto per adesione al pari di quanto avviene per un consumatore (cfr. AGCOM, Linee guida, G.U. n. 77/2007, come integrate dalla comunicazione del 17 luglio 2008). Ipotesi, questa, che ricalca il caso in esame, considerando infatti che l'istante è un esercizio commerciale che effettua servizio di ristorazione al dettaglio in scala solo locale. Da quanto esposto deriva pertanto che in data 27 dicembre 2007 Fastweb avrebbe dovuto cessare la somministrazione del servizio telefonico e internet e consegnare l'utenza all'operatore notificato, ossia Telecom, come previsto dall'art. 19, c. 2, del. AGCOM 274/07/CONS. Nessun pregio riveste infatti la difesa di Fastweb circa l'assenza di una volontà dell'utente a far “rientrare” l'utenza in Telecom, circostanza che, seguendo il ragionamento, avrebbe legittimato Fastweb a trattenere la risorsa, pur avendo l'operatore cessato il contratto di somministrazione. L'obbligo di restituzione è infatti determinato da una fonte normativa, derivando dal combinato disposto dei cc. 2 e 3 dell'art. 19, del. AGCOM 274/07/CONS, e si presenta quindi come indipendente da richieste dell'utente, che determinano invece l'attivazione della procedura complementare di “recesso con rientro”, disciplinata di cc. 5 e ss. La restituzione dell'utenza all'operatore notificato consente infatti all'utente di chiedere successivamente l'attivazione dei servizi telefonici a un nuovo operatore, come attesta l'art. 19, c. 5, del. AGCOM 274/07/CONS, laddove si impone all'operatore che

torna in possesso della risorsa di non assegnarla ad altro cliente per un periodo minimo di trenta giorni proprio al fine espresso di consentire la piena libertà di scelta all'utente.

Nei fatti sin qui esposti non sono invece da rintracciarsi responsabilità da parte di Telecom che, ricevuto dall'utente il modulo di "recesso con rientro" del 12 novembre 2007, attendeva che Fastweb procedesse a immettere la relativa comunicazione sui sistemi di interconnessione telematici, ai sensi dell'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS. La discrasia nelle comunicazioni inviate dall'utente, secondo quanto ricostruito in questa sede, attesta infatti che a Fastweb sia stata inoltrata una comunicazione di mero recesso e a Telecom di "recesso con rientro". Ciò non toglie tuttavia che in entrambi i casi niente avrebbe dovuto fare Telecom, se non attendere la restituzione dell'utenza da re-immettere sul mercato (in caso di "recesso") ovvero da attivare con lo stesso XXX (in caso di "recesso con rientro").

La responsabilità di Fastweb è peraltro aggravata dalla comunicazione inviata in data 12 marzo 2009, con la quale l'utente ha inoltrato all'operatore il modulo sottoscritto di "recesso con rientro" in Telecom. Obbligo di Fastweb, che tratteneva l'utenza pur non erogando più il servizio, sarebbe stato quello di prendere atto dell'ulteriore volontà dell'utente di procedere ai sensi dell'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS, dando le relative comunicazioni a Telecom, o quanto meno di restituire l'utenza alla stessa Telecom, come necessario già in forza della comunicazione di recesso del 27 novembre 2007. Niente di tutto ciò è stato fatto da Fastweb che, giova ripeterlo, solo nel 2009 ha liberato l'utenza restituendola a Telecom, a seguito peraltro di un provvedimento temporaneo di questo Ufficio ex artt. 5 e 7, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ricostruita le responsabilità di Fastweb, occorre procedere in successione logica alla qualificazione e quantificazione dell'indennizzo da liquidarsi.

Al riguardo, è necessario prendere le mosse dalla Carta di servizio Fastweb, secondo la quale l'indennizzo previsto è pari a euro 10 *pro die*, somma da assumersi come applicabile anche al caso concreto in ragione di un principio analogico, trattandosi dell'unico indennizzo disposto contrattualmente. Tale indennizzo dovrà essere calcolato per tutto il periodo in cui Fastweb ha protratto la propria illegittima condotta, e dunque dal 28 dicembre 2007 sino al 15 ottobre 2009, per un totale di giorni seicentocinquantotto. L'indennizzo complessivo che ne deriva, pari a euro 6.580,00, è da ritenersi proporzionale al disagio arrecato ed equitativamente congruo tanto per il servizio telefonico che per quello internet, in ragione delle considerazioni che seguono.

Gli indennizzi plurimi richiesti dall'istante, per sospensione del servizio e per ritardata attivazione, debbono infatti essere unificati, considerando che la fattispecie si apprezza come unitaria e che essi agiscono sul piano della gravità del disagio provocato all'istante. Come da prassi di questo Ufficio, la mancata effettuazione del servizio di portabilità - da intendersi quale fattispecie generale che ricomprende anche il mancato rilascio dell'utenza per effettuare il "rientro" in Telecom - viene infatti valutata come potenzialmente meritevole di un indennizzo giornaliero pieno, rispondente secondo parametri equitativi alla complessità dell'inadempimento e alla gravità del disagio subito, laddove il servizio telefonico e/o internet sia stato sospeso e pertanto non sia stato comunque somministrato da un soggetto terzo (di fatto dall'operatore donating; cfr. dell. 12/2010 e 2/2011).

In secondo luogo, nella quantificazione dell'indennizzo occorre far rinvio alla costante prassi di questo Ufficio (cfr. *ex multis* dell. 3/2010 e 12/2010) e della stessa AGCOM, che si intende qui richiamata, in materia di applicazione dei limiti massimi di liquidazione dell'indennizzo, eventualmente previsti dalle Carte di servizi. Anche indipendentemente dalla vessatorietà di ogni clausola che circoscriva l'indennizzo, l'applicazione di limiti massimi non è infatti comunque possibile laddove la somma così liquidata non sia proporzionale al pregiudizio arrecato (art. 11, c. 2, del. AGCOM 179/03/CSP), attesa la necessità che l'indennizzo sia adeguato, ossia corrispondente rispetto al pregiudizio subito, secondo elementi di natura soggettiva, oggettiva e temporale.

I criteri di quantificazione così determinati debbono essere pertanto riversati sul caso concreto, risultandone per l'effetto la proporzionalità dell'indennizzo sopra individuato. Emerge pertanto, in via preliminare, che il disservizio è consistito nella mancata restituzione dell'utenza a Telecom, così da impedire la riattivazione del servizio con un nuovo operatore nonostante la richiesta in tal senso dell'utente, senza peraltro che altro operatore abbia comunque erogato il servizio telefonico sull'utenza. Tale patologica condotta si apprezza per la sua gravità, considerando infatti che: la mancata riattivazione del servizio è conseguenza diretta e immediata della mancata restituzione dell'utenza a Telecom, atteso che in assenza di un simile passaggio tecnico Telecom non poteva, né giuridicamente né tecnicamente, procedere alla somministrazione del servizio telefonico; l'utente è un esercizio commerciale, che svolge attività di ristorazione al dettaglio per la quale è di comune esperienza l'estrema utilità di un'utenza telefonica, specie nella sua funzione in entrata, conosciuta dai clienti e pubblicizzata attraverso gli ordinari canali commerciali; l'utente ha manifestato in plurime occasioni il proprio interesse all'attivazione del servizio con Telecom e quindi alla restituzione dell'utenza da parte di Fastweb, domandando il rispetto degli obblighi sia a Telecom (si vedano la

riguardo i fax sopra citati e i contatti col servizio clienti indicati dallo stesso operatore), che a Fastweb (si veda la lettera del 12 marzo 2009), anche attraverso il deposito di un'istanza di provvedimento temporaneo ex artt. 5 e 7, del. AGCOM 173/07/CONS.

b) Relativamente al secondo oggetto dell'istanza proposta, la mancata risposta ai reclami inviati dall'utente, occorre distinguere le responsabilità dei due operatori, in ragione della separatezza dei reclami effettuati. Dall'istruttoria effettuata risulta che l'utente ha più volte inoltrato via fax a Telecom il medesimo reclamo, precisamente in data 26 febbraio 2008, 28 febbraio 2008, 29 febbraio 2008, 3 marzo 2008, 18 marzo 2008, 20 marzo 2008, 22 marzo 2008, 23 marzo 2008, 25 marzo 2008, 27 marzo 2008, 28 marzo 2008, 29 marzo 2008. Per tutti questi invii è stata acquisita la ricevuta di inoltro a mezzo fax. A tali reclami, da unificare atteso il loro identico contenuto, Telecom ha fornito una risposta scritta con una comunicazione del 2 aprile 2008, inviata per posta e ribadita da una seconda comunicazione del successivo 15 aprile. Entrambe le comunicazioni esprimono in modo esaustivo la posizione di Telecom in rapporto al contenuto del reclamo. Sussiste tuttavia un inadempimento di Telecom in ragione del ritardo nella risposta: considerando infatti che il primo invio del reclamo è datato 26 febbraio 2008, Telecom avrebbe dovuto fornire un riscontro scritto entro i trenta giorni indicati dalla Carta dei servizi (art. 6), coincidenti con il 27 marzo 2008. Il ritardo è pertanto quantificabile in giorni sei giorni lavorativi, che corrispondono a un indennizzo pari a euro 67,50 (si veda la prima fattura emessa da Telecom dopo il "rientro", n. 8H01783180). L'art. 4 della Carta di servizi, nel prevedere il diritto a un indennizzo in caso di ritardo nella risposta al reclamo, non quantifica tale indennizzo, che deve pertanto essere individuato in via analogica sulla base di quanto stabilito dallo stesso documento per altre fattispecie, laddove si dispone un indennizzo giornaliero pari alla metà del "canone mensile di abbonamento" per ogni giorno lavorativo di ritardo. Come già rilevato da questo Ufficio "il canone" è individuarsi nella voce della fattura "Costo per abbonamento" scegliendo la somma più alta, nella fattispecie euro 45,00 ("Linea telefonica affari"), senza sommare più canoni (nel caso di specie quello per la linea ISDN), poiché il riferimento letterale della Carta dei servizi al "canone" esclude l'assunzione come base di calcolo dei "canoni" di abbonamento (cfr. del. 13/2010).

Riguardo invece alla posizione di Fastweb, la richiesta di indennizzo avanzata dall'istante deve essere rigettata. Il ricorso inviato per lettera in data 12 marzo 2008 altro non è, infatti, se non un mero sollecito al compimento delle attività di recesso e di "rientro" in Telecom, la cui mancata esecuzione è già stata sanzionata secondo le motivazioni che precedono.

In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in € 100,00, anche sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, atteso che l'istante, assistito, ha partecipato all'udienza di conciliazione e a quella di discussione, e ha preso attivamente parte, in via cartolare, al procedimento di definizione. In ragione della soccombenza sostanziale di Fastweb, le spese così determinate sono interamente da imputarsi a carico di tale operatore.

Per questi motivi, acquisito il parere preventivo di regolarità amministrativa formulato dal Segretario del Comitato regionale per le Comunicazioni, il CORECOM, all'unanimità

DELIBERA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dalla XXX, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede nel Comune di XXX, elettivamente domiciliata presso l'associazione Arco, con sede nel Comune di XXX (tit. 1.10.21/196) Fastweb, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata nel XXX, e Telecom Italia, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata nel Comune di XXX, sono tenute rispettivamente a corrispondere all'istante le somme così liquidate:

Fastweb

- 1) la somma di euro 6.580,00 (seimilacinquecentottanta/00), a titolo di indennizzo per le motivazioni di cui al capo a);
- 2) euro 100,00 (cento/00), quale di rimborso delle spese di procedura;

Telecom Italia

- 3) la somma di euro 67,50 (sessantasette/50), a titolo di indennizzo per le motivazioni di cui al capo b).

Le somme corrisposte e/o rimborsate dovranno essere maggiorate nella misura corrispondente all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di definizione della controversia.

E' fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale maggior danno, come previsto dall'art. 19, c. 5, del. AGCOM 173/07/CONS.

Ai sensi dell'art. 19, c. 3, del. AGCOM 173/07/CONS il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

La presente delibera è notificata alle parti nonché pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Assemblea legislativa dell'Emilia-Romagna – CORECOM, assolvendo in tal modo ogni obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 32, c. 1, l. 69/2009.

Fastweb e Telecom Italia sono inoltre tenute a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera entro il termine di giorni sessanta giorni dalla comunicazione della medesima.

Ai sensi dell'art. 135, c. 1, lett. b), d. lgs 104/2010, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi degli art. 21 e 23 bis l. 1034/1971 e successive integrazioni e modificazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di giorni sessanta dalla sua comunicazione.

Il Presidente

Prof. avv. Gianluca Gardini

Il Segretario

Dott.ssa Gloria Guicciardi