

DETERMINAZIONE

Determinazione n. 10/2013

Prot. n. 19969

Tit. 1.10.21/502

del 13/05/2013

OGGETTO: DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA XXXXX E FASTWEB, SOCIETÀ SOGGETTA ALL'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SWISSCOM

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 Assemblée 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 20 giugno 2011 (titolo n. 1.10.21/502), con la quale la società XXXXX , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede nel Comune di XXXXX, rappresentata dai dott. Morini e Morini, elettivamente domiciliata nel Comune di XXXXX, 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 la società Fastweb , società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel comune di XXXXX, relativamente alle utenze telefoniche n. 000 e 000;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento (prot. n. 20548/2011);

VISTE la memoria autorizzata di Fastweb (prot. 24564/2011);

VISTE le integrazioni istruttorie dell'istante (32733/2011) e di Telecom Italia (13211/2013);

UDITE le parti nel corso dell'udienza di discussione svolta in data 29 settembre 2011, come da verbale (prot. 31305/2012);

VISTI gli ulteriori atti del procedimento;

CONSIDERATO QUANTO SEGUE

Con istanza di definizione della controversia la società XXXXX deduce quanto segue: di aver stipulato con Fastweb, società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom (di seguito, Fastweb), un contratto di somministrazione del servizio telefonico e adsl sulle utenze telefoniche n. 000 e 000; di aver pattuito una modifica del piano tariffario nella forma "Small Business One Solution"; che Fastweb ha interrotto la somministrazione dei servizi in data 31 dicembre 2010; di aver informato Fastweb dell'interruzione, anche con un fax del 5 gennaio 2011; che la somministrazione dei servizi è perdurata sino al 10 gennaio 2011 e che il servizio ha funzionato in modo discontinuo e irregolare da allora sino al 28 giugno 2011; di aver successivamente chiesto la migrazione a Telecom Italia (di seguito, Telecom); che la migrazione non è andata a buon fine poiché, a detta di Telecom, Fastweb non lo permetteva; di aver presentato due istanze ex artt. 5 e 21, del. AGCOM 173/07/CONS, contro Fastweb, al fine di ottenere la piena erogazione del servizio. Per tali ragioni l'istante domanda: di accertare e disporre la risoluzione del contratto per fatto imputabile a Fastweb; di condannare Fastweb al risarcimento del danno, alla corresponsione degli indennizzi e al rimborso delle spese di procedura.

Fastweb, respingendo quanto dedotto e richiesto dalla controparte, deduce quanto segue: di aver stipulato con la società XXXXX , nel mese di agosto 2006, un contratto di somministrazione del



servizio telefonico e internet-adsl sulle utenze telefoniche n. 000 e 000, previa portabilità; di aver ricevuto in data 9 dicembre 2010 una comunicazione di subentro nel contratto da parte della società XXXXX; che il subentro è avvenuto in data 24 gennaio 2011; che quindi per i disservizi lamentati successivamente a tale data solo la società subentrata è titolare di legittimazione passiva ad agire nel presente procedimento; che la somministrazione dei servizi è iniziata l'8 novembre 2006; di aver ricevuto, in data 3 gennaio 2011, una segnalazione di disservizio da parte dell'utente; di aver provveduto a effettuare le verifiche in remoto e di aver poi richiesto, in data 3 gennaio 2011, l'intervento tecnico di Telecom, proprietaria dell'infrastruttura; che Telecom comunicava in data 10 gennaio 2011 la risoluzione del problema, imputato a "causa di forza maggiore"; che l'utente continuava a lamentare il disservizio; di aver inviato un proprio tecnico presso il domicilio dell'utente, in data 10 gennaio 2011, constatando che il server dell'utente era spento e che il computer, se collegato direttamente al router, funzionava correttamente; di aver pertanto rispettato il termine per la risoluzione dei guasti, contrattualmente previsto e pari a quarantotto ore; che il disservizio è stato generato per fatto imputabile a Telecom, che comunque è perdurato per soli sette giorni ed è stato solo parziale, attesa la presenza di traffico come riportato dai tabulati allegati alle fatture; di non aver ricevuto il reclamo del 5 gennaio 2011; di non aver mai ricevuto la richiesta di cessazione con rientro in Telecom; che le richieste di accertamento della risoluzione del contratto e di condanna al risarcimento dei danni sono inammissibili.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La controversia in oggetto può essere suddivisa in due capi: a) malfunzionamento del servizio telefonico e adsl; b) mancata portabilità delle utenze.

a) La domanda è fondata nei limiti che seguono. Secondo l'ordinario criterio della ripartizione dell'onere della prova al creditore è richiesto di provare la fonte contrattuale del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo della altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento, ovvero dall'imputabilità dell'inadempimento a fatto altrui (Cass. civ., sent. n. 7996/2006). Nel caso di specie può dirsi documentalmente provata la sussistenza di un contratto di somministrazione del servizio telefonico e adsl sulle utenze telefoniche n. 000 e 000. Deduce l'istante che l'erogazione dei servizi è stata interrotta dal 31 dicembre 2010 al 10 gennaio 2011 ed è proseguita in modo irregolare e discontinuo sino al 28



giugno 2011. Risulta accertato, per ammissione di Fastweb, che in data 3 gennaio 2011 (primo giorno feriale dopo il disservizio) l'utente ha segnalato l'interruzione della somministrazione dei servizi. In tale data Fastweb ha richiesto l'intervento tecnico di Telecom, proprietaria dell'infrastruttura. L'azione di Telecom si è chiusa in data 10 gennaio 2011, motivando il disservizio con "causa di forza maggiore". La condotta di Fastweb è stata pertanto tempestiva e immune da responsabilità, ai sensi dell'art. 1218 c.c., poiché è principio giurisprudenziale che integri gli estremi del fatto non imputabile la condotta di un soggetto, Telecom in questo caso, su cui il debitore non abbia alcun potere direttivo e di controllo, stante la proprietà dell'infrastruttura (Cass. civ. sent. n. 822/2012). Fastweb dovrà tuttavia annullare le fatture relative al periodo 3 – 10 gennaio 2011, restituendo all'istante quanto da questi pagato, considerando l'assenza della somministrazione del servizio e dunque il venir meno del rapporto sinallagmatico. L'istante deduce tuttavia che dal 10 gennaio in poi, sino al 28 giugno 2011, la somministrazione dei servizi è proseguita in modo irregolare e discontinuo. L'onere probatorio a carico di Fastweb, nel dimostrare che la somministrazione dei servizi è stata regolare e continua, non può dirsi assolto, considerando l'assenza di prove documentali che attestino quali verifiche tecniche in remoto siano state effettuate e quali i relativi esiti. La responsabilità di Fastweb comporta la condanna di questi al pagamento di un indennizzo nella misura di 5,00 euro al giorno tanto per il servizio telefonico quanto per quello adsl e per ciascuna delle due utenze, e quindi complessivamente di 20,00 euro al giorno. La domanda dell'istante, volta al risarcimento del danno, deve essere rettificata in richiesta esclusiva di indennizzo, atteso, che ai sensi dell'art. 19, c. 4, del. AGCOM 173/07/CONS, il risarcimento del danno esula dalla conoscenza del presnete procedimento. La somma così determinata discende dagli artt. 5, c. 2, e 12, c. 2, all. A, del. AGCOM 173/07/CONS, atteso che la Carta dei servizi dell'operatore non contempla una specifica previsione di indennizzo per il disservizio in oggetto. Il periodo di disservizio e di maturazione del relativo indennizzo deve essere circoscritto a quello intercorrente dall'11 al 23 gennaio 2011, compresi, per complessivi 260,00 euro di indennizzo. Fastweb dovrà altresì annullare, nella misura della metà, le fatture relative al medesimo periodo, restituendo all'istante quanto da questi pagato, considerando che la prestazione fornita è stata irregolare e discontinua. Riguardo al periodo sopra indicato, occorre infatti considerare che il trasferimento dell'azienda XXXXX, con tutti i contratti e i crediti in essere, alla società XXXXX è avvenuto con atto notarile del 2 aprile 2011, registrato in data 21 aprile 2011. Tuttavia la comunicazione di subentro nel rapporto contrattuale



in essere con Fastweb è stata inviata in data 9 dicembre 2010 ed è avvenuta in data 24 gennaio 2011, come risulta dalle fatture prodotte, senza contestazione alcuna da parte del contraente subentrato e di quello subentrante che evidentemente hanno richiesto, o comunque accettato, il subentro in anticipo rispetto al trasferimento di azienda. Ne consegue pertanto che dal 24 gennaio 2011 il rapporto contrattuale legava Fastweb e società XXXXX e che soltanto quest'ultima era legittimata a lamentare il disservizio e ad adire il presente procedimento. Da rigettarsi è infine la domanda volta ad "accertare e disporre" la risoluzione contrattuale poiché l'art. 19, c. 4, del. AGCOM 173/07/CONS non prevede una simile competenza in capo al presente procedimento.

b) La domanda non può essere accolta. La richiesta di cessazione con rientro da Fastweb a Telecom depositata in copia dell'istante è datata 6 giugno 2011, momento in cui parte del rapporto negoziale non era l'istante ma la società XXXXX, che non è parte del presente procedimento. Giova comunque rilevare che la richiesta di cessazione con rientro depositata è in realtà una mera proposta commerciale di Telecom, riferita a una sola utenza (000), senza previsione di portabilità, e che i documenti prodotti da Telecom attestano come nessuna richiesta di portabilità sia mai stata inviata a Fastweb.

c) In relazione alle spese di procedura, pare equo e proporzionale quantificarle in euro 50,00, anche sulla base di quanto disposto dal punto III, 4.4, del. AGCOM 529/09/CONS, in ragione dello svolgimento dell'udienza di discussione, della rappresentanza dell'istante e della parziale soccombenza.

DETERMINA QUANTO SEGUE

In parziale accoglimento dell'istanza presentata dalla società XXXXX, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede nel Comune di XXXXX, rappresentata dai dott. Morini e Morini, elettivamente domiciliata nel Comune di XXXXX, Fastweb, società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale nel comune di XXXXX, è tenuta a:

- 1) corrispondere all'istante la somma di euro 260,00 (duecentosessanta/00), a titolo di indennizzo per i motivi di cui al capo a);
- 2) annullare le fatture emesse a carico dell'istante in relazione al contratto in oggetto, restituendo quanto eventualmente pagato, integralmente in relazione al periodo dal 3 al 10 gennaio 2011



inclusi, e nella misura della metà in relazione al periodo dall'11 al 23 gennaio 2011, inclusi, per i motivi di cui al capo a);

3) corrispondere all'istante la somma di euro 50,00 (cinquanta/00), a titolo di rimborso delle spese di procedura.

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 , società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom, è inoltre tenuta a dare comunicazione a questo Ufficio dell'avvenuto adempimento alla presente delibera. La comunicazione dovrà pervenire entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della delibera stessa.

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.

La Responsabile del Servizio Corecom
Dott.ssa Primarosa Fini